

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO – FND

**ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO SOB O VIÉS DA
ECONOMIA COMPORTAMENTAL**

WESLEY HILÁRIO FLOR DE SÁ

Rio de Janeiro

2022

WESLEY HILÁRIO FLOR DE SÁ

**ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO SOB O VIÉS DA
ECONOMIA COMPORTAMENTAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann**.

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

H632a Hilário Flor de Sá, Wesley
Análise econômica da mediação e conciliação sob o viés da economia comportamental / Wesley Hilário Flor de Sá. -- Rio de Janeiro, 2022.
79 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Conciliação e mediação. 2. Economia comportamental. 3. Análise econômica do Direito. I. Kronenberg Hartmann, Guilherme, orient. II. Título.

WESLEY HILÁRIO FLOR DE SÁ

**ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO SOB O VIÉS DA
ECONOMIA COMPORTAMENTAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar como a literatura jurídica nacional sobre análise econômica do processo civil tem utilizado os *insights* da economia comportamental para entender a dinâmica de acordos no âmbito da conciliação e da mediação no Brasil. E economia comportamental trata-se de uma tentativa de atualização da Teoria da Escolha Racional empreendida pela economia clássica para prever que determinadas falhas nos processos cognitivos humanos que fazem o indivíduo tomar decisões sub ótimas na lógica de mercado, na verdade, constituem-se como falhas sistemáticas que ocorrem através de heurísticas, e que as decisões enviesadas que ela gera deveriam ser considerados para os fins preditivos da teoria econômica. Tais considerações ganham ainda mais relevância quando, a partir do teorema de Coase, reconhece-se a lógica de negociação que há na dinâmica da mediação e conciliação e como estes métodos estão suscetíveis a estes vieses. A compreensão da possibilidade de incidências desses vieses constitui, portanto, importante ferramenta de análise para descobrir alguns dos motivos que causam o baixo número de acordos no Brasil e impedem a mediação e a conciliação e serem instrumentos efetivos para ajudar no descongestionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Economia Comportamental. Análise Econômica do Direito. Teorema de Coase. Congestionamento Judicial.

ABSTRACT

The present work aims to analyze how the national legal literature on economic analysis of civil procedure has used the insights of behavioral economics to understand the dynamics of agreements in the context of conciliation and mediation in Brazil. And behavioral economics is an attempt to update the Theory of Rational Choice impregnated by classical economics to predict that certain failures in human cognitive processes that make the individual make suboptimal decisions in the logic of the market, in fact, constitute failures that occur through heuristics, and that the biased decisions it generates should be considered for the predictive purposes of economic theory. Such considerations gain even more relevance when, from Coase's theorem, one recognizes the negotiation logic that exists in the dynamics of mediation and conciliation and how these methods are susceptible to these biases. Understanding the possibility of incidences of these biases is, therefore, an important analysis tool to discover some of the reasons that cause the low number of agreements in Brazil and prevent mediation and conciliation and be effective instruments to help in the decongestion of the brazilian Judiciary.

Keywords: Mediation. Conciliation. Behavioral Economics. Economic Analysis of Law. Coase theorem. Judicial Congestion

SUMÁRIO

<u>1. INTRODUÇÃO.....</u>	<u>8</u>
<u>2. UM BREVE ROTEIRO SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</u>	<u>11</u>
<u>2.1. Introdução à Análise Econômica do Direito tradicional.....</u>	<u>11</u>
<u>2.1.1. Ronald Coase e a crítica que fundou a AED.....</u>	<u>14</u>
<u>2.1.2. A teoria da escolha racional.....</u>	<u>18</u>
<u>2.2. As críticas à teoria da escolha racional.....</u>	<u>22</u>
<u>2.2.1. Para uma nova economia, uma nova AED.....</u>	<u>24</u>
<u>2.3. A análise econômica do Direito no mundo acadêmico brasileiro.....</u>	<u>26</u>
3. A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS PARA A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA” BRASILEIRA?	29
3.1. A construção da mediação e conciliação no Brasil	30
3.2. Breve definição e diferenciação entre os institutos	34
3.3. A “tragédia da justiça” brasileira	36
3.4. O insucesso na realização de acordos na realidade brasileira	41
4. OS FENÔMENOS COMPORTAMENTAIS APLICÁVEIS À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO	43
4.1. O modelo matemático do acordo	43
4.2. Os fenômenos comportamentais observados no processo civil brasileiro	48
4.2.1. O otimismo exagerado	50
4.2.2. A teoria da perspectiva e a aversão ao risco	53
4.2.3. A falácia dos custos afundados e seu impacto inverso	57
4.2.4. Heurística da ancoragem	58
4.2.5. Heurística do afeto	61
4.2.6. Viés da confirmação	61
4.2.7. O viés egocêntrico	63
4.2.8. O efeito de subaditividade	64
4.2.9. Heurística da disponibilidade	64
4.3. Caminhos a seguir: quais possíveis ajustes comportamentais identificados	66 5.
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro enfrenta um cenário de congestionamento de processos há alguns anos. Ocorre que tal problema não ocorre pela inércia do Poder Judiciário em criar alternativas: nos últimos anos, seja através da Resolução nº 125 do CNJ, seja pelo novo Código de Processo Civil ou pela Lei de Mediação, as ditas soluções adequadas de conflitos vieram à baila para promover maior acesso à justiça através de um sistema multiportas, promover maior pacificação social, mas também ajudar a descongestionar o Poder Judiciário. Dentre tais medidas, destacam-se a conciliação e a mediação judiciais.

A análise econômica dos institutos permite observar que as audiências do art. 334 do CPC acabam por ser uma última instância processual de negociação antes da incidência completa dos custos, despesas e riscos processuais pela via heterocompositiva Estado-juiz. Tomando-se como base o teorema de Coase, princípio fundante da Análise Econômica do Direito, a mediação e a conciliação, ao reduzir os possíveis custos de transação, tornar-se-iam eficazes institutos para a resolução de demandas de forma célere, satisfatória e capaz de gerar maior riqueza para as partes e para a sociedade.

No entanto, o cenário da mediação e da conciliação hodiernamente não faz jus ao horizonte positivo almejado. A baixa taxa de resolução de demandas no Brasil através de acordos homologados lança luz sobre a necessidade de se entender porque a janela de acordo da mediação e da conciliação está sendo fechada, uma vez que o modelo preditivo da economia clássica permitiria a transação.

Nesta seara, surge a relevância de se considerar os aparatos que tentam atualizar a economia clássica para qualificar os resultados preditivos: os fenômenos levantados pela economia comportamental.

Neste sentido, o presente trabalho tem por escopo perquirir tal questionamento. Para tanto, pretende-se realizar uma pesquisa analítica sobre como a literatura jurídica nacional especializada na análise econômica do processo civil tem enfrentado essa problemática do baixo número de acordos de Brasil e quais fenômenos apontados pela economia comportamental tem sido identificados nesta análise econômica.

Assim, num primeiro momento, o intuito será realizar uma introdução sobre a Análise Econômica do Direito e sobre o surgimento da Economia comportamental.

Posteriormente, será detalhado o sistema de mediação e conciliação no Brasil, realizando uma breve análise econômica sobre os mesmos, a fim de que se possa entendê-los como um ambiente de negociação onde são aplicáveis as regras estabelecidas pelo teorema de Coase.

Por fim, será abordado de que modo, segundo a literatura nacional sobre análise econômica do processo civil, a fenomenologia da economia comportamental pode ajudar a explicar o baixo índice de acordos no Brasil e quais as possíveis soluções para transformar estes institutos em mais efetivos para ajudar a mitigar o cenário do congestionamento judicial.

Assim, mais especificamente, o objetivo geral que o presente projeto de pesquisa possui é perquirir como a literatura nacional sobre análise econômica do processo civil aborda os fenômenos psicológicos levantados pela economia comportamental para analisar do ponto de vista econômico a negociação entre as partes nas audiências de mediação e conciliação e seus impactos para a realização dos acordos a partir da ótica da análise econômica do processo civil pela literatura jurídica nacional. Para tanto, objetiva-se descobrir: i) que fenômenos comportamentais e psicológicos a doutrina pátria tem levantados como pertinentes à dinâmica do processo civil; ii) como esses fenômenos podem ajudar a entender como as partes se comportam nas audiências de mediação e de conciliação na busca do acordo; iii) como ela enxerga o impacto desses fenômenos quando ocorre o insucesso destes acordos; iv) e quais as soluções com base na economia comportamental que tem sido propostas para resolver o baixo índice de realização de acordos.

Quanto à sua metodologia, o presente projeto propõe-se a ser uma pesquisa sociojurídica-teórica descritiva. Para tanto, pretende-se partir de uma abordagem qualitativa de pesquisas bibliográficas nacionais e estrangeiras sobre a análise econômica comportamental do direito (Behavioral Law & Economics), implementando uma análise dedutiva para destacar como os fenômenos levantados pela economia comportamental podem impactar a realização de acordos de mediação e conciliação.

Pretende-se qualitativa, pois o que interessa ao presente projeto é realizar uma análise sobre os argumentos trazidos pelos autores a serem estudados. Pretende-se dedutiva, pois ao deparar-se com uma análise econômica comportamental do direito ou do processo civil em geral,

pretende-se sintetizar também uma análise econômica comportamental da mediação e da conciliação no Brasil. Pretende-se descritiva pois, ao final, o intuito é caracterizar estes fenômenos de forma minuciosa e descrever seus possíveis impactos a partir do referencial teórico levantado. Assim, primeiro far-se-á um levantamento bibliográfico sobre a Behavioral Law & Economics aplicada ao processo civil na literatura nacional e nas principais referências teóricas estrangeiras; posteriormente, pretende-se indagar quais fenômenos levantados nesse referencial teórico possui aplicação compatível à dinâmica das audiências de mediação e conciliação no Brasil; e por fim, pretende-se descrever, a partir de um ponto de vista teórico, os possíveis impactos práticos destes fenômenos.

2. UM BREVE ROTEIRO SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1. Introdução à Análise Econômica do Direito tradicional

A economia, enquanto saber científico, é o campo que se inclina ao estudo sobre as transações de recursos escassos no mercado a partir do comportamento de agentes que nele atuam. Nesse sentido, a economia, enquanto campo de estudo, se propõe como um segmento que utiliza não só um instrumental teórico sobre o mercado, mas também empírico, com proposições fundamentadas em metodologias científicas de análise dos agentes atuantes, seja em uma concepção macro, como a economia no âmbito da área estatal a nível internacional, como na microeconomia, onde o agente é uma simples pessoa no seu cotidiano em suas interações coletivas.

Como se percebe, então, o campo econômico, muito mais que uma ciência que utiliza modelos matemáticos de análise, também tem como instrumental basilar da sua composição uma análise do ser humano, de seu comportamento e de suas escolhas na interação com a sociedade. Gico Jr., nesta seara, define que a economia é “[...] a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”¹.

Desde logo, percebe-se, portanto, a utilidade que a visão econômica do comportamento humano pode ter para o Direito. Nas palavras de Fux e Bodart², “toda determinação imposta pelas fontes do Direito influencia a forma como os indivíduos se comportam na busca pelos seus interesses. A alteração dos mandamentos legais gera modificações, intencionais ou não, na forma como recursos são alocados na sociedade”.

O Direito apresenta-se como um saber científico que trata diretamente sobre comportamentos humanos, ou melhor, “é a arte de regular o comportamento humano”³, uma vez que visa regulá-los coibindo os indesejados e incentivando aqueles que produzam maior bem-estar para a sociedade, dosando a intensidade desses incentivos pelas consequências que impõe. Deste modo, essa vertente do Direito como incentivador de comportamentos a partir de normas legais ressalta a existência de um objeto de estudo em comum entre a Economia e o Direito: o

1 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 28.

2 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p.28.

3 GICO JUNIOR, op. cit., p. 28.

comportamento humano; em um caso, com maior foco em entendê-lo e sistematizá-lo de modo científico; e no outro, com maior preocupação em regular o comportamento em prol do bem-estar social, conforme assim define o Legislador.

Por automático, nota-se que a Economia poderia servir como aparato instrumental e metodológico, tanto pelo aspecto teórico quanto empírico, dotado de fundamento científico, para não só permitir que o Direito, enquanto corpo jurídico da sociedade, maximize o bem social, como produza normas mais eficientes e entenda melhor essa sociedade a qual pretende regular de forma eficiente. Para isso, é preciso olhar para essa sociedade não mais através de um olhar meramente formal, autorreferente, girando em torno do “que seria o Direito em si mesmo”⁴, mas sim através de uma análise econômica da sociedade e do próprio Direito.

Neste ponto de contato que nasceu a Análise Econômica do Direito (AED), que buscou importar esse aparato científico da economia para servir de análise sobre comportamentos humanos que tragam relevância para o debate e construção jurídica. Apesar de ser, portanto, um segmento que visa otimizar as normas jurídicas, a AED tem base teórica em trabalhos de economistas da escola neoclássica, como Gary Becker, Guido Calabresi e, sobretudo, com Ronald Coase, através de seus artigos “*The Nature of the Firm*” e “*The Problem of Social Costs*”. Somente depois que surgiram teóricos classificados como juseconomistas, responsáveis por impulsionar fortemente a análise econômica do direito, principalmente no âmbito do processo civil, como Richard Posner, já na década de 1970.

No entanto, como elucidado, o desenvolvimento inicial deste campo se deu antes, na década de 40, propulsado pelo contemporâneo avanço da economia neoclássica e também pela introdução de disciplinas de economia no curso de Direito da Universidade de Chicago, nos Estados Unidos. Conforme relata Melman⁵, o primeiro esforço no sentido de buscar essa análise se deu no âmbito do direito concorrencial, pela necessidade de compreensão dos fenômenos econômicos para que os alunos de Direito pudessem compreender o comportamento dos mercados. Somente em um segundo momento é que a AED permeou os estudos sobre instituições clássicas do Direito Civil, como a responsabilidade civil, contratos e direito de propriedade.⁶ Somente em um terceiro momento é que se reconheceu a utilidade da

4 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 29.

5 MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 25-26

6 MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 26.

metodologia da economia para outros segmentos jurídicos, como o processo civil, o direito penal e direito administrativo.

Vale ressaltar que a própria doutrina nacional destaca que, antes mesmo do nascimento da AED, houve uma base filosófica incipiente do que se tornaria depois a construção teórica da AED, com destaque para Jeremy Bentham e Cesare Beccaria.

Conforme expõe Melman⁷, é no pensamento utilitarista de Bentham, sobre a busca do indivíduo pela maximização da felicidade, que se pode perceber uma lógica precursora àquela que mais tarde seria adaptada pela Escola de Chicago: a de que, “pelo princípio da utilidade, as decisões devem ser tomadas conforme o seu grau de utilidade, ou seja, conforme a probabilidade de aumentar a felicidade dos indivíduos”. Ainda que Bentham tenha estabelecido tal sistema filosófico não buscando explicar a relação entre Direito e Economia ou até mesmo buscasse fundar um método de análise econômica, somente debruçando-se sobre a moralidade, como afirmou o consagrado jurista Richard Posner, Bentham lançou as bases da moderna análise econômica dos crimes e das penas⁸. Assim, conforme se verá mais adiante, a lógica utilitarista de Bentham é senão uma base filosófica, mas até mesmo metodológica, que tem influência no estabelecimento das premissas da teoria da escolha racional da economia neoclássica em relação ao seu modelo racional e preditivo de tomada de decisão pelo agente econômico pelas suas preferências.

Por sua vez, Beccaria deixou importante legado metodológico, que foi melhor sistematizado filosoficamente em Bentham, conforme destacam Melman⁹ e Wolkart¹⁰, ao que se tornaria, hodiernamente, a análise econômica do direito criminal, definindo as sanções como preços e estabelecendo a premissa de que a quantificação da pena deve ser estabelecida de modo racional a fim de desincentivar o cidadão a praticar o delito a partir da premissa de que o mal da pena deve superar o benefício do crime, ou seja, também estabelece o indivíduo como um agente racional na tomada de decisão.

⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 100.

⁹ MELMAN, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰ WOLKART, *op. cit.*, p. 98.

2.1.1. Ronald Coase e a crítica que fundou a AED

Apesar disso, é uníssono, tanto na doutrina estrangeira quanto na nacional, a fundamental participação de Ronald Coase na construção da análise econômica do direito a ponto de o alçar ao status de principal fundador do campo. Em seu primeiro trabalho que toca ao tema, “*The Nature of the Firm*”, Coase destrincha os motivos que levam à criação das firmas, com base na ideia de custos de transação, que são, como o próprio termo aponta, os custos envolvidos em uma transação de recursos. Aprofundando o estudo, somente em “*Problem of The Social Costs*” (1960) que Coase realmente irá costurar o impacto do Direito na análise destes custos de transação a partir da ótica da alocação eficiente de recursos sociedade e, conseqüentemente, fundar o que é hoje a AED. Segundo o consagrado teorema de Coase, a alocação inicial de um recurso não define sua posição final, de modo que este sempre poderá ser transacionado a favor da parte que mais o deseja, ou seja, quem dê ao recurso maior valor de uso¹¹. Isto significa dizer que não importa qual a alocação inicial de um recurso, pois a tendência natural do mercado é que esse recurso seja transferido para valoriza mais sua utilidade. Conseqüentemente, o próprio recurso ganharia maior valor no mercado¹².

Contudo, neste caminho podem haver alguns ruídos que impossibilitem ou dificultem essa transação. Estes ruídos são exatamente os custos de transação vistos em Coase. Nesse sentido, quanto menor os custos de transação envolvidos na negociação, mais eficiente será a realocação de recursos¹³, ou seja, menor a perda de riqueza sofrida para a concretização da transação. Wolkart¹³ traz uma ilustração bem simples aplicada ao mundo do Direito:

“Se Pedro recebe a propriedade de um bem (digamos, uma casa de praia transmitida por herança), ele só vai permanecer titular desse direito se não houver ninguém no mundo que dê àquele bem mais valor do que lhe dá Pedro. Por exemplo, suponhamos que Pedro use a casa para passar alguns finais de semana e feriados do ano com a família, refletindo-se esse uso em utilidade que pode ser expressada no valor de R\$ 300 mil. Imaginemos agora que Paulo seja um empresário disposto a montar uma pousada onde hoje é a casa de Pedro, aproveitando toda a sua estrutura. Paulo pretende ganhar R\$ 1 milhão com o negócio. Note-se que Paulo claramente valoriza a propriedade mais do que Pedro. Por isso, fará uma oferta que cubra toda a utilidade que Pedro retira da casa e Pedro não hesitará em vendê-la. Conclui-se que, independentemente da alocação inicial da propriedade, o direito passou para quem poderia extrair dele o maior valor. A alocação final foi mais eficiente porque aumentou o valor daquele direito. [...] Em conclusão, o negócio só ocorrerá se, apesar dos custos de transação, a realocação ainda valer a pena.”

11 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 104.

12 Ibidem, p. 105 13

Ibidem, p. 104.

13 Ibidem, p. 104-105

Para além do esclarecimento que a ilustração fornece, também pode-se perceber como, para além de bens econômicos, determinados direitos também podem estar envolvidos em transações. Apesar de o exemplo trazido descrever um cenário sobre a propriedade de um bem imóvel, que está umbilicalmente ligada ao direito de propriedade, existem outros direitos que podem ter valor econômico (que não significa necessariamente valor monetário) a ponto de ser objeto de uma negociação para realocação. O próprio teorema de Coase debruça-se sobre casos que envolvem explicitamente questões sobre aspectos do direito de propriedade, sobre abuso de direito e sobre direito de vizinhança como verdadeiros bens dotados de valor. Nos exemplos que buscou trazer, o autor destaca casos concretos onde há conflitos entre direitos, ou, quando não há um conflito direto entre dois direitos juridicamente assegurados, o reconhecimento do direito de uma das partes levaria a um ônus à outra parte. Em ambos os casos, Coase levanta a questão de que haveria um problema de natureza recíproca na escolha de qual direito deve prevalecer.

Nas palavras do ilustre economista¹⁴:

“A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é comumente pensada na forma em que A inflige um dano em B e o que tem de ser decidido é: como devemos coibir A? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Para evitar o dano em B, deveria causar um dano em A. A verdadeira questão a ser respondida é: A deveria estar permitido a causar um dano em B ou deveria B estar permitido a causar um dano em A? O problema está em evitar o dano mais sério.”

A conexão desta análise com o impacto no mundo do direito, ainda que não expressa, é clara na obra de Coase: o autor evidencia a diferença de critérios entre as cortes e os economistas no que tange à tomada de decisão para a (re)alocação de recursos, pois enquanto as primeiras têm como norte para sua decisão princípios de justiça, os economistas buscam tomar decisões que visam apenas o aumento dos valores de utilidade¹⁵ ou, ao menos, a menor perda, gerando assim o resultado ótimo, ou seja, o mais eficiente possível.

Este é o grande questionamento que Ronald Coase traz “*Problem of The Social Costs*” o problema de preterir um direito ao outro justificando-se pelo bem estar social empenhado pelo direito que prevalece, e, do outro lado da moeda, sacrificando o direito preterido como um custo social para esse bem estar, é que tais alocações não necessariamente produzem

¹⁴ COASE, Ronald H. *The Problem of Social Costs*. *Journal of Law & Economics*, v. 3, p.2.

¹⁵ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105.

resultados desejáveis e eficientes/ótimos¹⁶ ou ainda, podem gerar mudanças capazes de produzir mais danos do que havia no impasse original¹⁷.

Partindo desta análise, Richard Thaler¹⁸ explica que, portando, em um cenário de baixos custos de transação, ou seja, em que naturalmente os recursos fluirão em direção para quem dá a ele o uso mais valorizado, a decisão judicial sobre a quem pertence um direito não é capaz de determinar as atividades econômicas que ocorrerão *a posteriori*, mas será uma mera decisão que impõem quem, dentro daquele processo judicial, terá que pagar ou sofrer a restrição. Para ficar mais claro, ilustra-se abaixo com o exemplo do próprio economista:

“Suponha que Alexa e Julia sejam colegas de quarto de faculdade. Júlia é quieta e estudiosa, mas Alexa é barulhenta e gosta de ouvir música no volume máximo enquanto estuda, o que perturba Julia. Julia se queixa para Hallie, a responsável pelo alojamento das alunas, que tem o poder de resolver disputas como essa. Hallie pode escolher apenas uma das duas alternativas: pode dar a Alexa o direito de ouvir música no volume que bem entender, ou pode dar a Julia o direito ao silêncio durante certas horas. O teorema de Coase faz uma forte e surpreendente predição: a decisão de Hallie não terá nenhum efeito sobre a quantidade de música que Alexa vai tocar. Isso dependerá simplesmente se Alexa gosta da sua música mais do que Julia a detesta.

O resultado é surpreendente, mas a lógica é simples. Suponha que Alexa esteja disposta a pagar US\$ 5,00 por noite para tocar sua música a todo volume e que Julia esteja disposta a pagar US\$3,00 por noite pelo silêncio. Se for concedido a Julia o direito ao silêncio, então, de acordo com o teorema de Coase, Alexa pagará a Julia algum valor entre US\$3,00 e R\$5,00 pelo direito de tocar sua música, uma quantia que Julia aceitará. Ambas ficarão mais felizes desta maneira do que se Alexa não pudesse tocar a música e não houvesse dinheiro mudando de mãos; afinal, é a razão por que ambas estão concordando com a transação. Mas se Alexa ganha o direito de tocar sua música, Julia não estará disposta a lhe pagar o suficiente para parar, já que o valor do silêncio é menor do que a alegria de Alexa pela música. De um jeito ou de outro, Júlia terá que encontrar algum outro lugar para estudar se quiser ter silêncio”.

Aplicando o teorema de Coase, e trazendo para uma hipótese em que Hallie, na verdade, é o Poder Judiciário, então percebemos que o cenário predito, sem interferência de uma decisão de terceiro, é Alexa e Julia chegarem a um acordo entre US\$ 3,00 e US\$ 5,00 pelo direito de Alexa tocar música, já que esta dá mais valor ao recurso; contudo, Julia receberá entre US\$ 3,00 e US\$ 5,00 por isso, valor que será satisfatório pelo valor de utilidade que ela deu ao recurso. A partir do momento que temos uma decisão de terceiro, surgem dois cenários: a) se a decisão for pelo direito de Alexa tocar sua música, conforme ilustrado no exemplo, o direito ficará alocado também com Alexa, já que está é quem dá mais valor ao recurso, mas Julia, ao

16 COASE, Ronald H. The Problem of Social Costs. *Journal of Law & Economics*, v. 3, p. 2.

17 *Ibidem*, p. 42-43.

18 THALER, Richard. H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 307-308.

invés de receber determinada quantia, terá perda financeira pela sucumbência, gerando um resultado indesejado para uma das partes; b) se a decisão for favorável ao direito ao silêncio de Julia, por sua vez, a decisão judicial não necessariamente impedirá que Alexa toque música, pois posteriormente ambas as partes podem negociar um valor entre US\$ 3,00 e US\$ 5,00 pelo direito de Alexa tocar música.

Contudo, neste segundo caso, conforme alertado, esta negociação *a posteriori* só ocorrerá se os custos de transação forem baixos o suficiente para permitir. É uma vez que as partes litigaram antes da negociação, estes custos só tendem a aumentar devido às custas judiciais e da sucumbência, que passam a se tornar verdadeiros custos de transação para as partes. Desse modo, na segunda hipótese, só existirá negociação *a posteriori* se todos os custos de transação para Alexa não superarem US\$ 2,00. Acima disto, a decisão judicial que proibiu Alexa de tocar música fará com que Alexa esteja disposta a pagar menos que US\$ 3,00, que é o valor mínimo que Júlia aceita receber, pois dos US\$ 5,00 que Alexa estava disposta a pagar, mais de US\$ já foram gastos. Se considerarmos, então, que Júlia teve custas não cobertas pela sucumbência, seu valor mínimo subirá ainda mais, tornando a margem de negociação ainda mais negativa. Neste cenário, não só Alexa teria que dispor de quantia sem ter em contrapartida o direito de tocar música, Julia deixaria de receber o valor que deliberou satisfatório pela cessão do direito ao silêncio, como, principalmente, o recurso deixaria de ser realocado a quem dá a ele maior valor de uso e, conseqüentemente, deixaria de sofrer uma valorização econômica.

Assim quando Coase diz que “seria claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado compensasse a perda sofrida”, não se trata de uma crítica no que tange à reparação e indenização por danos, pois estes sim são medidos pelo Judiciário e devem ser reparados, mas sim sobre a forma como as cortes decidem sobre a alocação de um direito de fazer ou não fazer sobre determinado recurso. O que se conclui é que o juiz, ao decidir por um direito, sacrificando outro como custo social do bem estar, na verdade pode estar tomando uma decisão que gere mais danos do que originalmente havia, alocando recursos de modo ineficiente e provocando perda de riqueza.

Nesse sentido, destaca-se a análise precisa de Wolkart:

“[...] ou seja, independente da alocação inicial de recursos, o bem ou direito em disputa sempre tende a ser realocado para a parte que mais o valorize ou que dele tire maior proveito, desde que os custos de transação não inviabilizem tal realocação. Assim, o teorema de Coase trouxe à análise econômica do direito a

importância de promover a eficiência da prestação jurisdicional enquanto alocação ótima de recursos para que não gere perda de riqueza decorrente dos custos de transação, ou até uma cristalização da alocação ineficiente”¹⁹

Apesar do impacto que possui até hoje na AED, posteriormente no presente trabalho será demonstrado como o teorema de Coase encontra, contemporaneamente, empecilhos teóricos e empíricos que relativizam sua aplicação e mitigam os efeitos previstos.

2.1.2. A teoria da escolha racional

Conforme foi ressaltado, o nascimento da AED teve como base teórica econômica a corrente da economia neoclássica da escola de Chicago. Nesse sentido, é importante entender as premissas e fundamentos de tal corrente, para que se entenda que tipo de análise é feita quando pensamos na AED tradicional.

A base teórica da economia neoclássica gira em torno da chama Teoria da Escolha Racional. Seu conceito assume que o indivíduo, agente econômico, é dotado de racionalidade no momento da tomada de decisão, escolhendo pelo caminho que apresente maior custobenefício. Assim não necessariamente se defende que a decisão será a decisão ótima, mas sim que, ao menos, o indivíduo, na média, tomará uma decisão conscientemente racional que maximize seu bem estar²⁰. Esses indivíduos construídos pela Teoria da Escolha Racional (TER) são o que Richard Thaler chama de “*Econs*”²¹.

Torna-se, portanto, parte essencial para entender os modelos preditivos da econômica neoclássica entender antes o que, afinal, a teoria da escolha racional entende por racionalidade. Destaca-se, nesse sentido, que a racionalidade aqui discutida recai sobre o comportamento dos agentes na tomada de decisão, assumindo uma postura de individualismo metodológico²², para a explicação do comportamento social, e tem como aspectos que integram essa racionalidade, que Fux e Bodart²³, em visão mais focada no agente econômico, classificam como verdadeiras premissas, os conceitos de preferência, completude e transitividade.

19 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 108.

20 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.43.

21 THALER, Richard. H. Misbehaving: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 18.

22 GICO JUNIOR, op. cit., p. 43.

23 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 36.

A preferência, primeiramente, parte da conclusão de que os agentes econômicos, diante de um cenário de escolhas, terão uma preferência sobre tais decisões conforme seu conjunto de interesses, e que buscará atender da melhor forma possível estes interesses²⁴.

Por sua vez, a completude determina que o agente econômico sempre conseguirá ordenar essas preferências entre si, estabelecendo prioridades de acordo com o que entender que apresente a maximização dos seus interesses²⁵. Assim, o agente econômico nunca estará em um cenário de impasse sobre qual decisão é melhor para si.

E, por fim, a transitividade pugna que esta prioridade de interesses é logicamente ordenada. Para ficar mais claro, destaca-se o exemplo trazido por Fux e Bodart²⁶: “[...] se alguém prefere romances a dramas, bem como prefere dramas a comédias, é de se esperar que sua opção seja por um romance quando instado a escolher entre romance e comédia”.

Também é importante trazer à tona outra sistematização, feita por Gico Jr.²⁷, que traz uma visão mais ampla, com um olhar a partir do próprio método econômico. Segundo o autor, o modelo econômico de análise do comportamento humano na tomada de decisão parte de três pressupostos: preferências, escassez e racionalidade.

Quanto às preferências, o modelo econômico presume que os agentes possuem preferências frente às decisões, e que são capazes de ordenar as alternativas disponível de acordo com a maior utilidade gerada. Tais preferências são dotadas de subjetividade e são idiossincráticas²⁸. Ainda segundo o autor, essas preferências são consideradas a) completas, ou seja, os agentes sempre serão capazes de decidir entre elas; b) transitivas, ou seja, são estabelecidas entre si de modo coerente; e c) são estáveis no curto prazo, ou seja, qualquer mudança de comportamento que alterem estas preferências será consequência de alguma alteração ao seu redor²⁹.

A escassez trata-se do fundamento básica da ciência econômica, onde os recursos disponíveis não são capazes de satisfazer as infinitas necessidades e desejos humanos³⁰.

24 Ibidem, p. 36.

25 Ibidem, p. 36.

26 Ibidem, p. 36.

27 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.36.

28 Ibidem, p. 37

29 Ibidem, p. 38

30 Ibidem, p. 38

Por fim, a racionalidade, que seria justamente a TER, determinando que os indivíduos são motivados e agem por seus interesses pessoais na tomada de decisão em busca da maximização da sua utilidade³¹.

Como se percebe, ambos os autores tratam das mesmas construções teóricas, mas apenas partindo de pontos de vista diferentes. Ao fim, o que se conclui é que o modelo da economia neoclássica adota um individualismo metodológico de análise do comportamento social na transação de recursos e tomada de decisão, estabelecendo um sistema racional e preditivo, onde pressupõe que os agentes, diante dos incentivos a tomar suas decisões em um cenário de escassez de recursos, buscam sempre satisfazer seus interesses, estabelecendo preferências logicamente ordenadas às decisões que se apresentarem e optando por aquela que entenda que melhor irá promover a maximização do seu bem estar e de seus desejos.

De qualquer modo, como dito, essa racionalidade não remove do indivíduo suas limitações cognitivas, ou seja, não se assume que todo ser humano, enquanto agente econômico, é completamente racional e capaz de tomar decisões ótimas; o que se defende é que, mesmo que suas ações não sejam exatamente as mais racionais possíveis, presume-se que, na média, o agente tomará a decisão mais racional que puder para maximizar suas preferências³² diante de um cenário de recursos escassos.

Apenas a título de ilustração, reporta-se ao exemplo antes trazido acerca da disputa entre o direito de Alexa de tocar sua música contra o direito de Julia ao silêncio. Nesse caso, o recurso “direito ao controle do som do ambiente”, por assim dizer, é escasso, pois não pode satisfazer aos dois desejos ao mesmo tempo. Ambas as partes buscam satisfazer seus respectivos interesses de acordo com a utilidade com que o recurso se apresenta a elas, e o teorema de Coase determina que, no cenário de baixos custos de transação, aquela que der maior valor de utilidade, ao final, ficará com o recurso. As partes, então estipulam suas preferências: Alexa deu o valor de utilidade de US\$ 5,00 ao recurso, o que significa que em uma negociação, ela preferirá tocar sua música a possuir US\$ 5,00 ou menos (ou, no mínimo, considerará que as duas opções se equivalem), assim como preferirá não despender de mais que US\$ 5,00 em detrimento de tocar sua música; Julia, por sua vez, dá ao silêncio o valor de utilidade de US\$ 3,00, logo, preferirá o silêncio a dispor de US\$ 3,00 ou menos (ou, no

31 Ibidem, p. 40

32 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.p. 37.

mínimo, considerará que as duas opções se equivalem), assim como preferirá não despende de mais US\$ 3,00 em detrimento ao silêncio.

De antemão, resta evidente que no aludido exemplo existe uma lógica matemática clara, onde o recurso, valendo US\$ 5,00 para Alexa, está entre US\$ 0 e US\$ 5,01, e valendo US\$ 3,00 para Julia, está entre US\$ 0 e US\$ 3,01. Assim, logicamente, Alexa preferirá obter o recurso equivalente a US\$ 5,00 pagando menos de US\$ 5,00 e não aceitará pagar mais de US\$5,00 por ele, mas aceitará receber mais de US\$ 5,00 para não tê-lo; e do mesmo modo Júlia preferirá obter o equivalente a US\$ 3,00 pagando menos de US\$ 3,00, não aceitará pagar mais de US\$3,00 por ele, mas aceitará receber mais de US\$ 3,00 para não tê-lo. No entanto, a estipulação de um valor é apenas para melhorar a visualização. Conforme dito, as preferências são construtos subjetivos e idiossincráticos, que nem sempre envolvem diretamente uma comparação entre valores numéricos, mas são fundamentadas em uma ordem de medida subjetiva ordinal de utilidade (prefiro este àquele)^{33 34}.

Esse mesmo modelo é o que foi exportado para a Análise Econômica do Direito tradicional. Nas palavras de Gico Jr.³⁵, “os juristas tem como principal característica considerar o direito como um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que racionalmente pautam seus comportamentos em função de tais incentivos”. Esse entendimento não é só hodierno, como Thaler, inclusive, já identificava desde a época do desenvolvimento da AED com Posner e a Escola de Chicago³⁶.

33 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 38-39.

34 VARIAN, Hal. R. Microeconomia: uma abordagem moderna. Tradução de Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 108: “Algumas teorias da utilidade atribuem um significado determinado à grandeza da utilidade. Conhecidas como teorias da utilidade cardinal, essas teorias partem do pressuposto de que o tamanho da diferença de utilidade entre duas cestas de bens é de alguma significância. Para sabermos se uma pessoa prefere uma cesta de bens à outra, basta lhe oferecer a possibilidade de escolha entre as duas cestas e observar qual a escolhida. Saberemos, assim, como atribuir uma utilidade ordinal às duas cestas de bens: simplesmente atribuiremos à cesta escolhida uma utilidade maior que a atribuída à cesta rejeitada. Qualquer tipo de atribuição que faça isso constituirá uma função de utilidade. Temos, portanto, um critério operacional para saber se, para determinada pessoa, a utilidade de uma cesta é maior que a de outra. Mas como saber se uma pessoa gosta duas vezes mais de uma cesta do que de outra? Como você mesmo poderia dizer que gosta duas vezes mais de uma cesta do que de outra? [...] Mesmo se encontrássemos meios aparentemente convincentes de atribuir grandezas de utilidade, em que isso nos ajudaria a descrever o comportamento de escolha? Para dizermos qual das duas cestas será escolhida, só precisamos saber qual delas é a preferida – isto é, qual tem a maior utilidade. Conhecer a ordem de grandeza da preferência não ajuda em nada na descrição da escolha. Como a utilidade cardinal não é necessária para descrever o comportamento de escolha e não há formas convincentes de atribuir utilidades cardinais, só levaremos em consideração a utilidade ordinal”.

35 GICO JUNIOR, op. cit., p. 36

36 THALER, Richard. H. Misbehaving: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 302.

Contudo, conforme se verá adiante, apesar da AED tradicional, ancorada na economia neoclássica ainda ser a predominante, surgiram teorias econômicas que criticam os pressupostos da racionalidade do agente econômico e, portanto, relativizam as previsões tradicionais.

2.2. As críticas à teoria da escolha racional

Se por um lado considera-se que a AED foi uma novidade que contribuiu para que o Direito se torne uma ciência mais correspondente com a realidade do comportamento humano, por outro lado, novas teorias econômicas surgiram após a escola neoclássica que tentam tornar a própria teoria econômica mais realista.

A primeira que merece ser destacada trata-se da teoria da racionalidade limitada, ou *bounded rationality*, que rendeu o prêmio Nobel ao autor, Hebert Simon. Como o próprio nome sugere, o autor mitiga a hipótese de uma racionalidade ilimitada dos agentes, razoando que o modelo da economia neoclássica seria irrealista ao descrever as tomadas de decisões humanas sem considerar as limitações cognitivas e de tempo que o ser humano possui para processar todas as informações disponíveis e, ainda, sem considerar a possível ausência de informações necessárias³⁷. Assim, a proposta do autor é considerar um modelo “levando-se em conta que os indivíduos limitam sua atenção a um número restrito de aspectos na tomada de decisão”. Em apertada síntese, destaca-se que Simon contesta a comprovação a capacidade de definir de forma ordenada as recompensas das tomadas de decisões, a dificuldade de se tomar decisões que necessitam de informações sobre fatos futuros, questiona o axioma da completude e a capacidade de comparação entre as opções de ação do indivíduo, seja em casos de decisão coletiva como quando são atribuídos valores distintos às recompensas (*payoffs*) que não tenham denominador comum³⁸.

A partir deste questionamento sobre a quantidade de informações e a habilidade para usar tais informações que Simon constrói a ideia de, no lugar de uma racionalidade substancial, ilimitada, uma racionalidade procedimental, limitada, onde o agente tomaria decisões no limite de sua capacidade de buscar e processar informações no tempo disponível, produzindo resultados potencialmente subótimos que, ao invés de prezarem a maior maximização do bem-estar possível, ficam retidas no que o agente considera razoável ao momento, o que Simon

³⁷ ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 53.

³⁸ Ibidem, p. 53. 40

Ibidem, p. 53.

cunhou de *satisficing*, ou “bom o suficiente”⁴⁰. A esse “atalho” mental é dado o nome de heurística.

Apesar da elaborada crítica, Thaler³⁹ destaca que a teoria de Simon foi ignorada por muitos economistas por considerar que a crítica levantava fatores que, ao final não tinham importância, alegando que as previsões decorrentes dos modelos econômicos eram passíveis de falhas, mas que tais falhas se enquadravam no que Thaler chama de “termo de erro”⁴⁰ e que os erros, por serem aleatórios, se anulavam mutuamente, reforçando a ideia de um individualismo metodológico como medida para tirar a “média” da racionalidade no comportamento.

2.2.1. Para uma nova economia, uma nova AED

É inegável que Hebert Simon pavimentou o caminho para que outros autores continuassem a desenvolver críticas que mitigam a teoria da escolha racional da economia neoclássica. Com grande destaque, cita-se os trabalhos conjuntos dos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, além do economista Richard Thaler. Num segundo momento, já estabelecendo um diálogo com o Direito, também se cita Cass Sustein e Christine Jolls.

Mas foram mesmo Tversky, Kahneman e Thaler que construíram o que hoje é reconhecido como economia comportamental. Os referidos autores empreenderam grande esforço em demonstrar, tanto teoricamente, mas principalmente empiricamente, que os aludidos “termos de erro”, originados pelo que Simon previu como decisões tomadas com uso de heurísticas, na verdade, provocam decisões enviesadas (desviantes da racionalidade esperada) que não são aleatórias, mas sim sistemáticas e até previsíveis. Neste sentido, como o próprio Richard Thaler aponta, posteriormente o grande trabalho da economia comportamental foi e até hoje tem sido demonstrar que pequenos fatores que interferem na otimização da tomada de

39 THALER, Richard. H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 37.

40 THALER, Richard. H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 38: “Suponha que, para prever a altura que uma criança atingirá na idade adulta, você use a altura de ambos os pais como preditores. Esse modelo fará um serviço decente, já que pais altos tendem a ter filhos altos, mas não será perfeitamente acurado, e é isto que o termo de erro procura capturar. E enquanto os erros forem aleatórios – isto é, as previsões do modelo forem altas demais ou baixas demais com igual frequência –, está tudo bem. Os erros se anulam mutuamente. Era este o raciocínio dos economistas para justificar por que os erros produzidos pela racionalidade limitada podiam ser ignorados com segurança”. 43 Ibidem, p. 38.

decisão, que Thaler chama de fatores supostamente irrelevantes (FSIs), demonstraram-se extremamente relevantes nas análises preditivas⁴³.

A economia comportamental, portanto, trata-se de mais uma tentativa de trazer à realidade a teoria econômica neoclássica, tratando os indivíduos não como “*Econs*”, mas sim como “*Humans*”⁴¹ Para tal, a economia comportamental utiliza de forte base empírica de experimentos nos campos da psicologia cognitiva, sociologia, neurociência e biologia⁴².

Em sua empreitada, a economia comportamental demonstrou cientificamente a ocorrência de determinados fenômenos comportamentais desviantes da teoria da escolha racional que ocorrem de forma sistematizada no comportamento humano e, inclusive, podem ser induzidos, ou corrigidos, pelo incentivo certo. No caminho que trilhou até aqui, diversos foram os fenômenos demonstrados, que renderam célebres obras como *Nudge* e *Rápido e Devagar*, além do prêmio Nobel para Kahneman (2002) e Richard Thaler (2017) por obras desenvolvidas na área.

Uma vez que o intuito do presente trabalho é utilizar a economia comportamental como ferramenta de análise, tais fenômenos em espécie serão posteriormente trabalhados com a devida coerência com o objeto analisado.

Todavia, é sempre necessário fazer o alerta de que tanto a economia comportamental quanto a precursora teoria da racionalidade limitada não visam a derrocada da economia neoclássica, nem mesmo se constituem uma nova teoria econômica, mas sim tentam atualizar o modelo preditivo para que este considere as sistemáticas falhas racionais na tomada de decisão como padrões do comportamento humano, pertencentes ao histórico evolutivo da humanidade.

No mesmo movimento de atualização da teoria econômica, Fux e Bodart⁴⁶ aponta que nas últimas décadas, economistas afiliados a este movimento excursionaram que o campo do Direito também leve em consideração as novas descobertas da economia comportamental. Impossível não citar, desde logo, o trabalho inaugural de “*Behavioral Approach to Law and Economics*”, escrito por Cass Sustein, Richard Thaler e Christine Jolls. Conforme expõe

41 THALER, Richard. H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 18

42 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 41 46 Ibidem, p. 42.

Wolkart⁴³, trata-se de obra que vem justamente atualizar o campo da AED para uma análise econômica comportamental do Direito (*Behavioral Law & Economics*, ou BL&E) naquilo que a análise tradicional encontrar relevante disparidade entre as previsões e a realidade.

Outras escolas também contribuíram para o refinamento da análise econômica do direito, assim como surgiram críticas ao próprio campo da economia comportamental, sobretudo quanto algumas de suas soluções auto classificadas de “paternalismo libertário”⁴⁴, porém o objetivo do presente estudo não é discutir a AED em si, mas sim utilizar da análise econômica do direito com os insights das atualizações da BL&E.

2.3. A análise econômica do Direito no mundo acadêmico brasileiro

Apesar de a AED estar em amplo desenvolvimento desde a década de 40, no Brasil este campo de estudo ainda possui um arcabouço doutrinário muito menor se comparado com a literatura norte-americana. Apenas no começo no século XXI que debate acadêmico sobre o campo passou a ser desenvolvido nas universidades nacionais⁴⁵, de modo que antes disso apenas houve alguns trabalhos isolados sobre o tema⁴⁶.

Apesar de ainda incipiente relação à doutrina estrangeira, a análise econômica do direito tem ganhado maior corpo na discussão acadêmica, e provendo um cenário mais luminoso para o debate⁵¹.

Cita-se, no campo da BL&E, que o a discussão já assumiu relevância a ponto de servir de fundamento no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido liminar na ADI 6298 MC/DF:

43 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

44 Richard Thaler aprofunda mais esta crítica em sua obra, narrando que o termo nasceu como fruto de uma resposta às críticas que a corrente da economia comportamental sofria à época, sobretudo por economistas da escola de Chicago, de tratar-se de uma teoria paternalista estatal devido às sugestões de incentivos a comportamentos que se originavam dos estudos sobre os fenômenos comportamentais (THALER, Richard. *H. Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 383).

45 MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31-32.

46 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 121 51 Ibidem, p. 121.

“[...] Do mesmo modo, a minha trajetória revela que tenho sido atento às contribuições da Análise Econômica do Direito e das ciências comportamentais (*behavioral sciences*) à seara jurídica, mormente quanto aos possíveis vieses cognitivos gerados pela atuação do julgador. Por isso mesmo, observo que esse debate também inspira cautela, a fim de se evitarem generalizações inadequadas. A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo proposto pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa”.

Porém, quando trata-se de processo civil, a doutrina nacional aponta pela carência de estudos e trabalhos de BL&E e até mesmo da própria AED aplicados ao sistema processual brasileiro⁴⁷, apesar da grande utilidade que teria a formatação de arranjos institucionais que formulem incentivos aptos a guiar as partes para a resolução de conflitos diante do cenário de incerteza, incompletude de informações e calcado em um sistema de jogos que há no ambiente processual⁴⁸.

Wolkart⁴⁹ cita que realizou uma pesquisa por artigos com expressões ligadas à análise econômica do direito, em uma base de 40 anos de publicações da Revista dos Tribunais, os resultados foram de apenas 692 artigos, sendo que destes apenas 18 tratam efetivamente de algum aspecto da análise econômica do processo. Em outra amostragem destacada pelo autor, menos de 1% do total de artigos versava sobre esse campo.

Didier destaca que “a abordagem econômica do direito processual, assim, servirá como instrumento para análise das condutas esperadas em diversos momentos decisórios processuais, tais como a propositura da ação, a transação, a interposição de recurso, a produção de provas”⁵⁰.

Deste modo, diante da destacada importância da AED, o próximo capítulo pretende demonstrar a relevância de se entender a mediação e a conciliação no Brasil por tal

47 MELMAN, Ana Carolina. Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 34.

48 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 56-57.

49 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 125.

50 DIDIER JR., Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 178.

perspectiva juseconômica, e como este processo de entendimento pode contribuir no descongestionamento do Poder Judiciário.

3. A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVAS PARA A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA” BRASILEIRA?

Foi realizada no capítulo anterior uma introdução à Análise Econômica do Direito, a partir do teorema de Coase, discorrendo sobre sua capacidade em contribuir com o campo jurídico e sobre as atualizações empreendidas pela economia comportamental, que vem alcançando relevância no debate econômico e, portanto, também devem encontrar abrigo nas pautas da AED..

Nesse sentido, considerando que os fenômenos apontados pela economia comportamental são de natureza, com o perdão da redundância, comportamental, psicológica, torna-se natural que seus maiores impactos dentro da AED sejam justamente nas questões acerca da tomada de decisão dos indivíduos.

A partir do pressuposto elencado por GICO JÚNIOR⁵¹ de que os juristas tentam olhar o Direito como conjunto de regras sobre custos e benefícios estabelecidos aos agentes de forma a incentivar determinados comportamentos, pode-se dizer também que a criação dos métodos alternativos de resolução de conflitos a partir da autocomposição (ADR) tem como fundamento a visão juseconômica de que a possibilidade de as partes transacionarem entre si na fase inicial do processo com a eliminação de parte dos custos de transação, incentivaria a realização de acordos. SALLES et. al explica essa motivação econômica da implementação das ADRs no direito brasileiro, destacando que, chegando ao Brasil no início do século XXI, as ADR já haviam se disseminado nos Estados Unidos no século passado^{52,53}, mas igualmente desenvolveu-se com base em críticas à demora e aos custos da jurisdição estatal⁵⁴.

Será partindo destas considerações que o presente capítulo pretende demonstrar como a mediação e a conciliação no Brasil são métodos alternativos de resolução de conflitos que tiveram como um de seus efeitos esperados o impacto na redução do congestionamento processual do Poder Judiciário mas que, hodiernamente, apresentam uma baixa resolução de demanda através de acordos. Tal etapa será fundamental não só para acentuar a relevância do presente trabalho como também para preparar o terreno para a discussão central que aqui se

51 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.36.

52 SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.

53 . ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 60.

54 Ibidem., p. 43.

pretende evidenciar: de que modo a economia comportamental e a BL&E podem contribuir para entender o baixo número de acordos por autocomposição judicial no país.

3.1. A construção da mediação e conciliação no Brasil

A mediação e a conciliação como métodos alternativos de resolução de conflitos dentro do Poder Judiciário nasceram com a missão de descentralizar a solução dos conflitos jurídicos do papel clássico do Estado-juiz⁵⁵. Conforme explana o ilustre processualista DIDIER JR⁵⁶, a

“mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de auto composição, com a participação de um terceiro.”

Tais métodos integram uma tentativa de mudança de uma “cultura da sentença” em busca de uma maior pacificação social⁵⁷, pois, conforme dito no capítulo anterior, a imposição de uma decisão por um terceiro em um processo heterocompositivo corre o alto de risco de não gerar satisfação às partes, provocando maior desserviço à sociedade do que a garantia de direitos o que acaba refletindo no grau de legitimidade do Poder Judiciários junto aos cidadãos.

Conforme expõe THEODORO⁵⁸, a adoção dos métodos alternativos de soluções dos conflitos não se trata de um descrédito sobre a Justiça estatal, mas sim uma investida na criação de métodos adequados para atender esse princípio da pacificação social e para sanar a problemática hodierna do grande volume de demandas judicializadas, como se verá posteriormente. Ainda segundo o autor, este cenário não é exclusivo ao sistema judicial brasileiro, de modo que em outros países também é possível observar a presença destas ferramentas⁵⁹:

55 RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020. p. 8.

56 DIDIER JR, Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019 p. 326;

57 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019. p. 532.

58 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019. p. 109.

59 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019. p. 47.

Diante da patente incapacidade do sistema institucional para, a contento, fazer frente à demanda social de justiça, o direito positivo italiano insere em seu CPC e em leis extravagantes a previsão e o estímulo de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, cuja tentativa, a requerimento dos interessados, o juiz deverá “provocar”, na audiência designada para comparecimento das partes (novo art. 185 do CPC italiano). Nas relações de trabalho, há previsão de tentativa de conciliação em caráter obrigatório, podendo ocorrer judicialmente, por via sindical ou administrativa.

Na França, relata Roger Perrot, trava-se uma luta há meio século para modernizar a justiça e o processo, com “uma única e mesma preocupação, a de aceleração da justiça”. Informa, outrossim, que a fluidez do processo civil francês tem sido favorecida pela “solução alternativa dos litígios”, que o direito positivo estimula por meio da conciliação e da mediação. De duas maneiras o problema é enfrentado: a) incluindo-se entre as funções do juiz “a missão de conciliar as partes” (Novo CPC francês, art. 21); b) instituindo, em todo órgão judicial, a figura de um elemento auxiliar do juiz, denominado conciliador, que atua preventivamente, para evitar a instauração do processo, e também durante seu curso, para tentar conduzir as partes a encerrá-lo de forma consensual. Com a introdução do meio alternativo de conciliação, o direito processual francês, segundo Roger Perrot, busca atender à ideia de que, na atualidade, “o jurisdicionado aspira a uma justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina justiça de proximidade”.

Não tem sido diferente a história recente do direito processual alemão. As reformas do ZPO ocorridas ao longo do século XX compreenderam, acima de tudo, medidas “destinadas a descongestionar os tribunais”, reforçando, por outro lado, os poderes do juiz na busca do esclarecimento em torno da verdade. Já no século XXI, uma grande reforma, consumada em 2001, voltou-se, entre outras matérias, para o incremento das soluções conciliatórias do litígio, tanto judiciais como extrajudiciais, tornando obrigatória a respectiva tentativa em vários casos.

Por sua vez, conforme explana⁶⁰, no sistema de conciliação americano, o modelo chamado de *Mediation* tem natureza um pouco mais interventiva que a conciliação conhecida no ordenamento jurídico brasileiro, mas partilham de características muito semelhantes, como o interesse cooperativo e voluntário, a participação de terceiros, de modo que a grande diferença entre os modelos se demonstra na prática e pelo seu grau de efetividade⁶⁵.

Assim como apontado nos países citados, no Brasil a mediação e a conciliação também visam atender um princípio de pacificação social dos conflitos em cenários de crise do Judiciário diante do grande número de demandas.

Apesar de servir como ferramenta para resolver um problema atual, a mediação e a conciliação não são novidades trazidas ao Brasil pelo novo Código de Processo Civil de 2015 ou pela Constituição Federal de 1988, de modo que desde o início do século XIX é possível identificar os contornos do instituto da conciliação no texto da Constituição Imperial de 1824.

⁶⁰ RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020. p. 13-15. ⁶⁵ Ibidem., p. 21.

À época já se exigia a realização através de juízes de paz de uma tentativa de conciliação de conflitos como requisito formal de admissibilidade⁶¹.

Após a proclamação da República, o Decreto 359/80 afasta tal obrigatoriedade, e a partir do Código de Processo civil de 1939 a conciliação realizada pelos juízes de paz vem a ser extinta, ficando restrita apenas à Justiça do Trabalho. Somente com o Código de Processo Civil de 1973 que a conciliação retoma posição no sistema processual civil brasileiro, ainda sem o caráter de obrigatoriedade e, agora, sendo realizada pelo juiz durante o próprio curso do processo, e não mais preliminarmente ou por um juiz de paz⁶².

Diziam os arts. 447 e 448 do referido diploma:

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direito patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Essa nova roupagem da conciliação, no entanto, viria a sofrer novas mudanças a partir da reforma da codificação processual. VIEIRA⁶³ ilustra que a Lei 8.952/94 modificou o art. 331 do CPC/73, abrindo novamente o leque de oportunidades de realização da conciliação e criando uma audiência específica para esse fim:

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

Além disso, outros diplomas legais contribuíram para a construção normativa dos métodos alternativos de solução de conflitos, como a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais e as

61 VIEIRA, Mariana. *Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil*. Niterói. 2017. p. 357.

62 VIEIRA, Mariana. *Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil*. Niterói. 2017. p. 370.

63 VIEIRA, Mariana. *Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil*. Niterói. 2017. p. 394.

figuras do conciliador e do juiz leigo e adotou procedimento de designação automática da audiência de conciliação logo após a distribuição da ação⁶⁴.

Embora seja possível perceber que a conciliação já tenha longo histórico de evolução na história do ordenamento jurídico brasileiro, a mediação somente veio a surgir no cenário nacional a partir da década de 90, mas ainda de forma insipiente, figurando em alguns projetos de lei e discussões⁶⁵ e na esfera do direito do trabalho⁷¹.

O grande marco legal para os métodos alternativos de soluções de conflitos no Brasil se dá com a edição da Resolução nº 125 do CNJ que inaugura o chamado “sistema multiportas” do Poder Judiciário. Com a insuficiência dos preceitos trazidos pelo CPC/73 e os diplomas legais posteriores para surtir efeito na litigiosidade e na homologação de acordos no país⁷², a referida resolução surge como uma verdadeira tentativa de garantir uma tutela justa, efetiva, célere e adequada para as demandas. Nesse sentido, o sistema multiportas é um complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito” ao procurar a tutela do poder Judiciário⁷⁶⁶⁶⁷⁶⁸⁶⁹, de modo que a clássica sentença judicial proferida pelo estado-juiz torna-se apenas mais uma “porta”⁷⁰.

Este cenário foi ainda mais fortalecido com a promulgação do novo Código de Processo Civil de 2015, que promoveu incentivos à utilização da mediação e da conciliação com o objetivo de busca pelo consenso, garantia do acesso à justiça, saneamento do volume processual e pacificação social.

Na forma do art. 334 da codificação, via de regra, haverá uma audiência de conciliação ou mediação antes da resposta no réu que deverá ser conduzida por um profissional especializado, com exceção nos casos que não seja admitida a autocomposição ou se ambas as partes se manifestarem expressamente que não desejam compor a conciliação. Este último

64 RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020. p. 9-10.

65 SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.

66 . ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 213.

67 VIEIRA, Mariana. Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil. Niterói. 2017. p. 274.

68 RAMOS, op. cit., p. 24.

69 Ibidem., p. 72.

70 Ibidem., p. 73.

ponto acaba por ser uma mudança relevante em relação à sistemática do diploma processual de 1973, pois este não permitia o afastamento desta etapa.

O novo diploma, ao prever a existência de profissionais especializados na conciliação e mediação, também acaba por regular a aplicação de técnicas e o fornecimento da estrutura necessária para a efetividade na construção do acordo, criando a figura dos centros judiciários de solução consensual de conflitos e regulando as atividades dos mediadores e conciliadores judiciais, indo muito além de um diploma meramente principiológico⁷¹, estruturando o sistema processual civil brasileiro no sentido de estimular a autocomposição⁷².

O grande avanço para a mediação no Brasil, contudo, se deu através da Lei nº 13.140/2015, a chamada Lei de Mediação, que trouxe ao ornamento jurídico brasileiro uma carga principiológica e procedimental para a atividade mediadora e para o próprio mediador. Tal diploma legal vem a complementar e reforçar a base já trazida pela Resolução nº 125 do CNJ, mas agora com foco na mediação, muito embora a lógica normativa trazida sirva de ferramenta para as soluções consensuais de conflitos como um todo, seja a judicial ou extrajudicial.

Estabelecido o panorama histórico-normativo dos institutos aqui estudados, torna-se importante entender sua definição, natureza jurídica e também as diferenças entre si.

3.2. Breve definição e diferenciação entre os institutos

Assim como a mediação, a conciliação é um meio de obtenção da autocomposição visando a solução satisfatória do conflito através da participação de um terceiro imparcial que tem como função facilitar a obtenção do acordo⁷³. Ela pode ser realizada tanto extrajudicialmente quanto judicial, este último sendo o escopo deste trabalho.

Conforme explica VIEIRA⁷⁴, a autocomposição judicial, que é a solução do conflito pelas próprias partes com posterior homologação judicial, “indica apenas o resultado, enquanto que a conciliação apresenta um sentido mais amplo por ser a atividade que busca incentivar e

71 VIEIRA, Mariana. Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil. Niterói. 2017. p. 1044-1055.

72 DIDIER JR, Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019 p. 324

73 VIEIRA, Mariana. Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil. Niterói. 2017. p. 322.

74 Ibidem., p. 345.

coordenar um acordo entre as partes, e pressupõe a atividade de uma terceira pessoa – o conciliador”. Essa atividade é constituída por uma série de atos procedimentais e técnicos que visam facilitar a negociação e estimular o diálogo entre as partes. O acordo obtido através da conciliação judicial tem natureza de título executivo após passar pela homologação do juiz.

A mediação, por sua vez, ainda que partilhe das mesmas definições acima exaradas, se diferencia da conciliação quanto ao seu conteúdo, pois tem a principal características de resolver o conflito de forma mais aprofundada e restaurativo, sendo um método mais adequado e preferível aos casos em que as partes possuem vínculo anterior e em casos multidimensionais ou complexos. Nesse sentido,

A distinção que se impõe fazer entre as duas figuras do conciliador e do mediador, que são auxiliares da justiça, inicia-se dos fatos que emergem da lide e apontam para a existência de partes em situação pontual de conflito, ou em situação potencial de permanência em conflito. O conciliador estabelece meios para a aproximação das partes e para o fim do litígio. O mediador analisa a causa do conflito em sua origem pré-processual e em sua extensão pós-processual, por causa de peculiaridade que fazem as partes permanecerem em situação de litígio (família, vizinhança, realização de negócios diferidos e etc.).⁷⁵

Assim, diferente da conciliação, o mediador não faz propostas ou sugestões de solução, mas tem por mote reestabelecer a comunicação e aproximação de modo que as próprias partes sejam protagonistas na construção de seus acordos. Na conciliação o conflito é tratado apenas naquilo que se apresenta na lide, não tendo como intenção estratégica a restauração da relação entre as partes, sendo muito mais breve⁷⁶.

Essa diferenciação fica clara no próprio texto do Código de Processo Civil:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da

⁷⁵ RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020. p. 36.

⁷⁶ SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p. 151.

comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Por fim, ressalta-se que a mediação e a conciliação não são exclusivas do âmbito do processo civil, também encontrando amplo abrigo no Processo do Trabalho.

3.3. A “tragédia da justiça” brasileira

Conforme foi descrito, a mediação e a conciliação nasceram com o intuito de promover maior efetividade do acesso à justiça através da “porta” mais adequada, maior efetividade nas decisões ao permitir que as partes construam uma solução mais satisfatória e maior pacificação social diante de uma cultura de litígio. No intuito, há um aspecto que também ganha grande importância motora para a previsão destes métodos no Brasil: a tentativa de diminuição do abarrotamento do Judiciário.

Conforme levantado diversas vezes, hodiernamente o Poder Judiciário brasileiro enfrenta uma verdadeira crise, com um elevado número de processos que geram congestionamento e lentidão judicial e a probabilidade de resultados de baixa qualidade em virtude do sobrecarregamento dos magistrados⁷⁷, num cenário onde o horizonte ainda não traz perspectiva de melhora. WOLKART⁷⁸, em sua obra, traz um estudo detalhado, a partir de relatório do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que revelam, de forma palpável, a dura realidade do congestionamento judicial no Brasil. Embora não seja oportuno ao cerne do presente trabalho exaurir aqui os dados levantados, a relevância de se discutir sobre tal informação reside em entender sobre este cenário de crise que reflete o que WOLKART chama de “tragédia da Justiça”.

Destaca-se que esse termo “tragédia” possui significado especial que impede o uso de crise como sinônimo; são sentidos diferentes, embora interligados. Enquanto “crise do judiciário”, pode-se entender como toda a problemática do congestionamento de processo e seus impactos sociais. Por sua vez, o uso da palavra “tragédia”, aqui, ganha uma conotação que remete à

⁷⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 322.

⁷⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 41-95.

parábola da “tragédia dos comuns”. Isso se dá a partir do momento que entendemos a Justiça como um bem comum⁷⁹, ou recurso comum⁸⁰. Nas palavras do autor:

`Pensando analogicamente na Justiça como mercado e na prestação da atividade jurisdicional como bem em torno do qual gravitam as interações mercadológicas, acreditamos estarem nitidamente presentes as características que a qualificam como bem comum.

A impossibilidade de exclusão decalca-se diretamente da Constituição Federal, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), do direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV) ou do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

A concorrência no consumo decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado, diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes” (84).

O paralelo traçado com a tragédia dos comuns se dá pois esta parábola conta a história de um pasto público e que, embora grande e suficiente para as famílias que residiam na região, o crescimento da cidade levou à concorrência no consumo e falta de incentivos para a diminuição do uso levou ao completo esgotamento e inutilização para a pastagem⁸¹. De forma mais técnica, explica GICO JUNIOR⁸² que a tragédia dos comuns “surge quando é difícil ou caro excluir usuários potenciais de um recurso baixa excludabilidade que produz um fluxo finito de benefícios (rivalidade). Nesse cenário, os agentes racionais podem sobre-explorar o recurso, em vez de conservá-lo”. Assim, se depreende que quanto mais pessoas demandam

⁷⁹ Erik Navarro Wolkart explica a diferença entre bens privados, bens públicos e bens comuns, reservando a esta última categoria a identificação da Justiça: bens privados são aqueles que são excludentes (ou seja, nem todos podem acabar usufruindo do bem), e concorrentes (ou seja, seu uso importa em sua diminuição) no consumo; bens públicos seriam aqueles que não são excludentes (todos devem ter acesso) e também não são concorrentes (seu uso não diminui sua quantidade). Bens comuns, então, seriam aqueles não excludentes, mas que são concorrentes no consumo. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 83-84).

⁸⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p.123.

⁸¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 87.

⁸² GICO JUNIOR, op. cit., p. 304.

judicialmente, maior o congestionamento do Judiciário e menor sua utilidade devido ao impacto na capacidade de prestação do serviço ⁸³.

Segundo dados do CNJ⁸⁴, o aumento do estoque de processos da Justiça brasileira foi constante na série histórica de 2009 até 2016, apresentando um panorama de queda entre 2017 a 2020 e novo aumento em 2021, chegando a um estoque de 77,3 milhões de processos pendentes, menor que o pico de 79,9 milhões em 2016, mas que aponta um crescimento de 27,3% em relação a 2009. Por sua vez, a taxa de congestionamento bruta do Poder Judiciário em 2021 foi de 76,5%, um aumento de 4,5 pontos percentuais em relação a 2009.

Eis, então, a tragédia identificada: quanto mais se franqueia o acesso ao Judiciário, menor sua utilidade. Uma vez que o acesso à Justiça trata-se de preceito constitucional fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto recurso, seu uso não pode ser alvo de restrição, pois seria excluir o indivíduo da garantia de direitos. Assim o congestionamento ganha contornos de uma tragédia grega: previsível, mas inescapável.

Nesta seara, a ideia de um método de resolução de conflito consensual, em um ambiente custos mais baixos e com um procedimento mais célere se tornaram características atraentes para se enxergar na mediação e na conciliação um caminho viável para surtir um impacto positivo ao menos na mitigação desta tragédia, captando novos processos que antes seriam submetidos à “porta” da jurisdição clássica da sentença do Estado-juiz e resolvendo a demanda de modo mais eficiente, mais satisfatório, mas rápido e mais barato. Esse impacto é previsto na literatura jurídica nacional, como em RAMOS⁸⁵: “A conciliação foi introduzida nos sistemas jurídicos para dar mais celeridade e justiça às discussões que envolvem os direito e deveres dos cidadãos”.

Também é citado em VIEIRA ⁸⁶:

“Desta forma, resta demonstrado que a forma não adversarial de composição representa uma boa proposta para que a redução da crise vivenciada pelo Poder Judiciário, em virtude do aumento crescente da busca por acesso à Justiça e a falta

⁸³ Ibidem. p. 322.

⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2022: ano base 2021. Brasília: CNJ, 2022. p. 107. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros2022.pdf>. Acesso em 20/11/2022.

⁸⁵ RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020. p. 6.

⁸⁶ VIEIRA, Mariana. Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil. Niterói. 2017. p. 801.

de capacidade do judiciário em solucionar efetivamente, com eficácia e eficiência, as lides apresentadas por meio da jurisdição, em especial por estimular a pacificação social”.

Ainda, segundo a visão de SALLES et. al.⁸⁷⁸⁸:

Mesmo que isso seja um fato incontestável, infelizmente, a prática jurídica nacional continua extremamente litigiosa. Alguns bilhões de reais ao ano são gastos com custas de processos judiciais e honorários de advogados, em demandas que podem durar dez anos ou mais, e agravam a “Crise do Judiciário” que assola o nosso país. Nesse contexto, os métodos alternativos de resolução de disputas (ADR) surgem no horizonte brasileiro para oferecer soluções mais eficientes e menos custosas para a resolução de disputas e conflitos. Muito se tem feito no país nesse sentido, com a instituição da arbitragem para disputas empresariais e da mediação, em instâncias judiciais, principalmente em disputas domésticas, comunitárias e em juizados especiais cíveis.

E reitera⁹²:

Como bem destacado por Ada Pellegrini Grinover, pode ser encontrado nos meios consensuais o fundamento funcional do “eficientismo”: por força da crise da Justiça, busca-se “a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição”.

Na mesma linha se manifesta João Baptista de Mello e Souza Neto: a celebração de acordos enseja ganhos secundários para a administração da Justiça ao promover o encerramento de processos, a diminuição dos feitos (com o “desafogamento” dos Tribunais) e evitar “a quase sempre dificultosa fase de execução da sentença”. Contudo, como bem adverte, não obstante tais fatores, “é preciso ter em mente que a vantagem primária e inspiração primeira da solução negociada é o atendimento à reivindicação justa do litigante. Assim, a transação deve, fundamentalmente, atender aos interesses dos litigantes, não dos advogados ou dos juízes”.

THEODORO JÚNIOR⁸⁹ também identifica esta ideia na doutrina:

Entre as vantagens proporcionadas pela busca de conciliação, o que se faz por meio de audiência inicial, a doutrina costuma destacar o incremento da celeridade e da economia processuais, além de se obter melhor solução para a controvérsia, pois se conta com a possibilidade de evitar a exaltação dos ânimos dos litigantes e de proporcionar um melhor funcionamento do judiciário. Nesse sentido, entre outros, é o ensinamento de Celso Barbi, para quem, sendo atingida a conciliação no

87 SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias.

88 . ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 109

92 Ibidem., p. 290.

89 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019. p. 134.

nascedouro do processo, o trabalho do juiz diminui e, nesse caso, ele passará a ocupar-se de causas que realmente demandem um trabalho de maior envergadura e dedicação (BARBI, Celso Agrícola. O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos. Revista de Processo, São Paulo, n. 39, p. 121, jul./set. 1985).

É bem verdade que parte da doutrina não entende que a conciliação e a mediação tem como escopo a diminuição de processos na Justiça, como DIDIER JR⁹⁰ e WATANABE⁹¹ identificando-os como métodos de tratamento adequado aos conflitos e de promoção da pacificação social em face da cultura do litígio.

Não obstante, ainda que não seja alçado ao *status* de princípio norteador, a diminuição dos números de processos pendentes no Judiciário pode ser identificada como uma das consequências benéficas previstas durante a evolução da mediação e conciliação no Brasil.

Neste sentido, a própria Resolução 125 do CNJ traz essa observação em seus considerandos:

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

3.4. O insucesso na realização de acordos na realidade brasileira

Apesar deste cenário que parecia indicar um impacto positivo na contribuição para descongestionamento judicial, a realidade observada permite considerar que os métodos consensuais de resolução de conflitos não apresentam a eficiência esperada. Conforme trazem FUX⁹² e WOLKART⁹³, os dados do relatório Justiça em Números de 2019 do CNJ revelam que apenas 11,5% dos processos foram solucionados pela homologação de acordos, número considerado significativamente baixo pelos autores.

A atualização com os dados na versão mais recente do relatório também não demonstra um panorama de aumento significativo: em 2021 o índice de conciliação foi de 11,9 %. Muito embora o próprio relatório ressalve o impacto que a pandemia da COVID-19 possa ter

90 DIDIER JR, Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019 p. 333/334.

91 WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: RT, 2013, p. 244-245

92 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 114.

93 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 346.

causado ao dificultar as audiências presenciais e aplicação de técnicas importantes pelos mediadores e conciliadores, a média entre 2016, ano que a nova codificação civil entrou em vigor, e 2021, é de apenas 12,5% e 13% para o período entre 2016 a 2019 (pré-pandemia). Ainda que na fase de conhecimento este índice aumente, apresentando uma média de 19% e 20,1% pré-pandemia, não parece, ainda, demonstrar um cenário positivo, sobretudo considerando que a série histórica somente apresentou quedas entre 2016 e 2020, sendo possível visualizar um aumento somente no ano de 2021, da retomada gradativa das atividades, e de 2015 para 2016, marcando o impacto, ainda que diminuto (aumento de 2,9 pontos percentuais entre 2015 e a média pré-pandemia de 2016/2019), do novo Código de Processo Civil.

Retomando o primeiro capítulo deste trabalho, a teoria econômica clássica, e tomando como base o teorema de Coase, assevera que diante de uma janela de acordo os agentes racionais transacionaram o recurso. Contudo, conforme pondera WOLKART⁹⁴, isso não prenomina no âmbito da autocomposição judicial no Brasil. O autor expõe que grande parte da explicação desse insucesso pode ser encontrada dentro da própria teoria econômica clássica, mas ressalta que é possível encontrar outras razões na economia comportamental de natureza essencial⁹⁵.

Diante do exposto, torna-se não só pertinente, como também relevante, entender de que modo a fenomenologia da economia comportamental pode ajudar a explicar o baixo índice de acordos no Brasil a partir do comportamento das partes na negociação. Mas, para além disso, o objetivo do presente trabalho também abriga o levantamento de como a literatura jurídica brasileira tem retratado essa temática e seu impacto nas análises econômicas do processo civil, sobretudo no que tange à mediação e conciliação.

Para tanto, buscar-se-á nas obras sobre análise econômica do processo civil como os autores atribuem importância à economia comportamental na AED, os fenômenos levantados por ela que podem ser identificados no âmbito da interação das partes na mediação e na conciliação e como ela pode ajudar a construir um futuro mais promissor para o índice de solução consensual de conflitos no Brasil.

94 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 355.

95 Ibidem., p. 83.

4. OS FENÔMENOS COMPORTAMENTAIS APLICÁVEIS À CONCILIAÇÃO E

MEDIAÇÃO

Em um primeiro momento, foi realizada no presente trabalho uma introdução à análise econômica do direito, abordando a perspectiva da economia tradicional e as atualizações implementadas pela economia comportamental que constituem a base de análise empreendida pela BL&E. Posteriormente, buscou-se demonstrar a dinâmica negocial que ocorre na mediação e na conciliação e discutir sobre a base axiológica do instituto.

Conforme adiantado anteriormente, o presente capítulo objetiva demonstrar como a literatura jurídica de análise econômica do processo civil vem abordando os fenômenos psicológicos levantados pela economia comportamental para entender a dinâmica de acordos no Brasil.

O art. 6º do CPC estabelece o dever cooperativo no sistema processual civil brasileiro. Tal mandamento normativo, elevado à categoria de princípio processual, constitui pedra angular na matéria processual trazida pelo novo código, haja vista que aposta na cooperação dos sujeitos processuais, e aqui se incluem os advogados e juízes, como forma de resolução mais justa, célere e efetiva das demandas ⁹⁶.

No entanto, conforme pondera WOLKART¹⁰¹, esse comportamento cooperativo depende de “incentivos normativos específicos que tornem esse comportamento vantajoso para todos os sujeitos processuais”, sobretudo em um ambiente hostil como o processo civil.

Nesse sentido, torna-se importante, num primeiro momento, entender o comportamento esperado das partes a partir da visão da economia tradicional para posteriormente inserir os ajustes da economia comportamental.

4.1. O modelo matemático do acordo

Pressupondo-se a tomada de decisão racional, a parte decidirá ajuizar uma demanda quando o resultado esperado do processo for maior que os custos esperados, sendo esta a chamada condição de litigância. Trata-se de uma afirmação lógica e racional: se o valor esperado do processo for superior aos custos que envolvem esse processo, o autor, agente racional,

⁹⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 233. 101 *Ibidem*, p. 232.

ajuizará a demanda. Segundo WOLKART⁹⁷, este seria o “sentimento mínimo de vitória” para o autor.

Essa determinação lógica pode ser traduzida em um modelo matemático. Porém, antes de adentrar em sua explanação, destaca-se que o presente trabalho tomou a liberdade de substituir os caracteres algébricos trazidos pelas obras de referência, visando facilitar o entendimento ao usar as letras iniciais das variáveis em análise.

O resultado esperado pelo autor (RE) pode ser traduzido em uma expressão matemática: O produto (multiplicação) do valor do pedido (VP) pela probabilidade de vitória do autor (Pva)¹⁰³: $RE = VP * Pva$.

Por sua vez, os custos esperados segundo WOLKART⁹⁸, são mais complexos de serem calculados, pois envolvem uma composição que varia a depender do caso concreto. No entanto, razão o autor que os custos totais esperados do processo (CE) serão os custos administrativos (Ca) somados ao produto dos custos de litigância (Cl) ponderados (ou seja, multiplicados) pela probabilidade de derrota: $CE = Ca + Cl * (1-Pva)$.

Assim, se de um lado da equação está o valor do pedido e do outro os custos administrativos e os custos de litigância do processo, desde já é possível perceber que quanto maior o valor do pedido, menor deverá ser a probabilidade de vitória estimada pelo autor para que ele considere verificada a condição de litigância. Da mesma forma, quanto maior os custos do processo, maior deverá ser a probabilidade de vitória estimada pelo autor para que este entenda que o resultado esperado os superem⁹⁹.

Outro ponto que merece destaque é o comportamento dos advogados e o chamado “problema de agência¹⁰⁰, que ocorre quando há um desalinhamento de comportamentos entre o advogado e o cliente pela existência de diferenças de expectativas de ganho. Ocorre que os custos para o advogado são menores, gerando um cenário em que mesmo que a probabilidade de vitória seja um coeficiente negativo, ainda sim a condição de litigância para o advogado pode ser cumprida. Muito embora se considere aqui os agentes como racionais, como prediz a teoria clássica, WOLKART pondera que a parte pode não ter a capacidade de calcular corretamente

97 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 330. 103 Ibidem., p. 327.

98 Ibidem., p. 327-328.

99 Ibidem., p. 330-331.

100 Ibidem., p. 332.

sua chance de vitória, e quando procura o serviço da advocacia, o faz justamente por sentir que seu direito subjetivo foi violado a ponto de acreditar na vitória¹⁰¹.

Muito embora tais ponderações reportem à fase pré-processual, no momento da tomada de decisão de ajuizar ou não a demanda, a mesma equação aplica-se após o ajuizamento, mais precisamente no momento da audiência do art. 334 do CPC, com a diferença de que, agora, em virtude de o processo já estar ajuizado, haverá o incremento das custas iniciais do processo.

Além disso, WOLKART destaca a diferença que, ao contrário do momento pré-processual, onde a possibilidade de realização do acordo depende de postura ativa das partes, na realização de acordo de mediação e conciliação para evitar o prolongamento do processo, é a norma processual que promove tal movimento¹⁰². Assim, se a negociação pré-processual transaciona o exercício do direito de ação, o acordo no momento pós processual pode ser identificado como a transação do “direito de continuar exercendo o direito de ação no processo”¹⁰³. Tal destaque torna-se importante para gravar a importância de se entender a AED, e suas atualizações pela BL&E, como cada vez mais necessário para promover o comportamento cooperativo entre os sujeitos processuais, princípio basilar para o funcionamento do sistema processual brasileiro.

Por parte do réu, por sua vez, este também terá suas expectativas e custos processuais. O acordo seria, para ele, uma forma de economia do valor esperado para o réu, ou seja, uma vez que o direito de ação aqui caberá ao autor, que decidirá pelo ajuizamento ou não, ao réu caberá, diante da possibilidade de acordo, optar por transacionar se entender que o acordo implicará em vantagem econômica em relação ao resultado esperado. Isto dependerá da existência de uma janela de acordo ou superávit de acordo¹⁰⁴ entre o valor de reserva do réu e o valor de reserva do autor¹⁰⁵. A definição do valor de reserva, na conforme encontrado em WOLKART¹⁰⁶, no entanto, varia quando se trata do autor e quando se trata do réu.

101 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 335.

102 *Ibidem.*, p. 334.

103 *Ibidem.*, p. 346.

104 *Ibidem.*, p. 348-349.

105 Também definido como “preço de reserva” por FUX, trata-se, para o autor, do menor valor disposto a aceitar em um acordo, e, para o réu, do maior valor disposto a pagar em um acordo. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 117.)

106 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 346.

Na visão do autor, seu valor de reserva (VRa) nada mais é que a diferença (diminuição) entre o resultado esperado e os custos esperados no processo, ou seja, o “lucro” do processo caso saia vitorioso: $VRa = RE - CE$.

Retomando as equações anteriores sobre os custos esperados e resultados esperados, substituindo os termos, encontra-se: $VRa = (VP * PVa) - \{Ca + Cl \times (1 - Pva)\}$.

Por sua vez, o valor de reserva do réu será determinado pelo valor esperado do processo, que será o valor do pedido ponderado pela probabilidade estimada de derrota (ou, dito de outro modo, a probabilidade de vitória do autor que é sentida pelo réu) somado ao custo esperado (que será, conforme explanado anteriormente, a soma dos custos administrativos com a ponderação entre os custos de litigância e a probabilidade de derrota): $VRr = VP * PVa + CE$.

Substituindo os termos dos custos esperados e resultados esperados: $VRr = VP * PVa + Ca + (Cl * Pva)$.

Quando este valor de reserva do réu é maior que o valor de reserva do autor, restará formada, então, a janela de acordo.

De forma mais simplificada, a equação demonstra que o valor de reserva do autor será o seu “lucro” estimado no processo, e o valor de reserva do réu será tudo que ele calculou de “prejuízo” com o processo. Se o “prejuízo” estimado pelo réu for maior que o “lucro” estimado pelo autor, então significa que um acordo entre esses dois valores será vantajoso para as duas partes: o réu pagará menos que o estimado e o autor receberá mais que o estimado. Ao menos é o que prediria o teorema de Coase.

A título de exemplo, supondo que o valor de reserva do autor em um dado processo seja de R\$ 1.000,00 e o valor de reserva do réu seja R\$ 2.000,00, haverá uma janela de acordo de R\$ 1.000,00. Se as partes homologarem um acordo no valor de R\$ 1.300,00, o autor terá auferido R\$ 300,00 a mais que o estimado e o réu terá economizado R\$ 700,00 em relação ao que estimava pagar.

Existem diversas justificativas apontadas pela literatura jurídica de análise econômica do processo civil com base na economia clássica e na teoria da escolha racional que explicam o que pode levar ao insucesso na formação dessa janela de acordo e na formulação do próprio

acordo, dentre as quais se destaca a problemática da assimetria de informação¹⁰⁷. No entanto, o escopo do presente trabalho é perquirir como esta literatura entende a participação dos *insights* da economia comportamental para ajudar a explicar, ainda que parcialmente, o fechamento dessa janela e a baixa ocorrência de acordos no Brasil.

De todo modo, a partir das explanações que foram trazidas acima, WOLKART¹⁰⁸ conclui que é possível prever que “i) quanto maior os custos do processo, maior o incentivo para a realização de acordos; e ii) quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) quanto a resultado do processo, menor o incentivo para a realização de acordos”.

Conforme foi citado, a realização do acordo já na audiência preliminar, em um momento, portanto, processual, tende a diminuir a janela de acordo. Isto se dá devido ao incremento de custos iniciais necessários à instauração do processo, que se inserem como verdadeiros custos de transação na negociação, muito embora a teoria da escolha racional conclame que esses custos devem ser considerados agora como custos afundados (ou seja, custos que não devem ser considerados para decisões futuras¹⁰⁹).

Apesar de todos esta nova dinâmica de custos, WOLKART pondera, de forma hipotética, um cenário ainda possível de janela de acordo para a negociação que proporcione vantagem para ambas as partes. No entanto, entende que este não é o cenário que acaba predominando no Brasil¹¹⁰.

Neste sentido, a seguir pretende-se elencar os fenômenos da economia comportamental levantados na literatura de análise econômica do processo civil pesquisada que podem contribuir na compreensão desta fotografia.

4.2. Os fenômenos comportamentais observados no processo civil brasileiro

Em breve recapitulação, no primeiro capítulo foi destacada a contribuição que a AED pode trazer ao campo jurídico na construção de um ordenamento jurídico mais eficiente. Não obstante, foi destacado que os próprios modelos da AED, hodiernamente, vem sendo revisitados pelos ajustes na teoria econômica clássica levantada pela economia

¹⁰⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 355.

¹⁰⁸ *Ibidem.*, p. 349.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 350.

¹¹⁰ *Ibidem.*, p. 355.

comportamental, que se introduziu originalmente na literatura jurídica norte-americana como a BL&E a partir do célebre artigo “Behavioral Approach to Law and Economics” de Cass Sustein, Richard Thaler e Christine Jolls.

Essa “atualização” trouxe à baila a necessidade se revisar os modelos preditivos calcados na teoria da escolha racional a partir de resultados de pesquisas empíricas, com destaque às obras de Kahneman e Tversky, no campo da neurociência e da psicologia, que demonstraram a existência de heurísticas e vieses no processo cognitivo de análise e tomada de decisão do ser humano. Foi utilizando esse indumentário que nasceu a economia comportamental, demonstrando, de forma empírica, que esses fenômenos psicológicos devem ser incorporados, ou ao menos considerados, no campo da teoria econômica clássica. Mais ainda: ela pode trazer benefícios ao modelo preditivo e contribuir para que o próprio modelo da economia clássica consiga maior êxito em suas proposições.

Apesar de a produção acadêmica no Brasil sobre a BL&E ainda ser diminuta, sobretudo em comparação com a realidade norte-americana, e ainda menor quando se trata do campo do processo civil brasileiro, ela não é inexistente: é possível encontrar obras que abordam a análise econômica do processo civil discutindo sobre estes aspectos psicológicos com profundidade que permite exponenciar a produção literária sobre o recorte.

O presente trabalho teve como objetivo justamente visitar tais obras e sintetizar os fenômenos comportamentais que têm sido objeto de discussão na análise econômica do processo civil como potenciais contribuintes para a construção de um sistema normativo mais efetivo na formulação de acordos pelas soluções consensuais de conflitos, uma vez que muitos destes fenômenos conseguem alterar a forma como os sujeitos processuais comportam-se, o que impacta de forma direta a construção da cooperação e do acordo no processo¹¹¹.

Nesta via, com grande destaque encontra-se o trabalho de Erik Navarro Wolkart, em seu livro “Análise Econômica do Processo Civil – Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a ‘tragédia da justiça’”, que teve sua primeira edição em 2019. De forma bastante esmiuçada, o autor se preocupa em descrever o panorama do congestionamento judicial brasileiro e o enfrenta desde o momento pré-processual até a fase de execução, desenhando o direito processual civil brasileiro a partir de um olhar econômico, discutindo as nuances da economia tradicional, traduzindo a relação das partes no momento de modo matemático e

¹¹¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 435.

também dedicando amplo campo para os ajustes da economia comportamental, sobretudo para a questão que mais importa à presente pesquisa: o momento de realização de acordos.

Também dedicou grande importância a tais aspectos psicológicos da economia a obra de Bianca Bez, “Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?”, que também se preocupa em trazer grande aparato teórico para entender as influências das atualizações psicológicas sobre a teoria da escolha racional.¹¹²

Outro trabalho que traz grande destaque a estes aspectos comportamentais é aquele propagado por Rafael Sirangelo de Abreu em “Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil”¹¹³.

Não obstante, também foi possível encontrar sólida construção teórica sobre a análise econômica do processo civil nas obras de Luiz Fux et. Bruno Bodart¹¹⁴, Ivo T. Gico Jr¹¹⁵, que embora dediquem menor profundidade nas questões relacionadas à economia comportamental, ainda sim revelam aspectos centrais do tema que indicam a capacidade de contribuir com o cenário acadêmico.

Além das obras especializadas ao tema, também foi possível encontrar em outras obras como “Análise econômica do processo civil brasileiro”¹¹⁶ uma preocupação em entender a dinâmica do processo civil, embora não explorando os aspectos psicológicos levantados pela economia comportamental, mas ao menos explorando o modelo preditivo do comportamento humano a partir da teoria dos jogos.

Nesse sentido, a seguir o presente trabalho preocupar-se-á em descrever os fenômenos encontrados na literatura analisada, não se privando do suporte teórico das obras expoentes sobre economia comportamental e BL&L para ajudar a compreender tais fenômenos.

Desde já, quer-se destacar que a análise não se pretende exaustiva: trata-se, sim, de uma atenciosa pesquisa por tal levantamento, mas que não assume a presunção de descrever-se

112 GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

113 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

114 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Análise Econômica do Processo Civil. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

115 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019

116 MELMAN, Ana Carolina. Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

completa. Não só a dinamicidade da produção acadêmica avisa sobre a possibilidade de constantes obras novas sobre o recorte temático, como também este breve ensaio não abrange todas as obras já registradas.

4.2.1. O otimismo exagerado

De acordo com WOLKART¹¹⁷, um dos comportamentos irracionais mais estudados é o otimismo exagerado no processo cognitivo humano. Diante de um futuro de incertezas, as pessoas tendem a conjecturar cenários positivos (otimistas) com probabilidade maior que a encontrada estatisticamente na realidade, mesmo que não haja nenhum fator novo real que justifique tal superestimação. Do mesmo modo, cenários ruins serão estimados com menor probabilidade do que a média real quando houver um cenário de incerteza, o que caracterizaria o pessimismo.

Desde já, destaca-se aqui oportuna diferenciação do termo incerteza e do termo risco, pertinente para a continuação do presente trabalho: enquanto a incerteza é a ausência de garantias sobre um evento, o risco seria a probabilidade, ou seja, uma incerteza estatisticamente mensurável, com possibilidade concomitante de perda e ganho¹¹⁸

Esse mecanismo otimista, no entanto, trata-se de componente positivo para o ser humano em sua vida. O problema do otimismo está quando este se dá de forma exagerada e afeta o processo de tomada de decisão¹¹⁹.

No processo civil, para WOLKART, não é diferente: a ausência de todas as informações (incerteza sobre o resultado) fazem com que as partes subestimem os resultados ruins, adotando um comportamento com viés otimista que dificulta o acordo¹²⁰, uma vez que passam a ter maior propensão a aceitar riscos¹²¹.

Para o autor, nem mesmo a presença dos advogados, dotado de conhecimento técnico sobre o processo, é capaz de refrear o efeito do otimismo. Ao contrário: estudos apontam que mesmo

117 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 413.

118 GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 71/73.

119 GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 218.

120 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 417.

121 GOULART, op. cit., p. 133.

especialistas sobre um assunto são capazes de apresentar um comportamento enviesado pelo otimismo. A ausência de regularidade das decisões judiciais, nesta seara, tendem a estimular ainda mais o comportamento intuitivo dos advogados, permitindo a ocorrência do viés do otimismo¹²².

Importante ressaltar o entendimento de que, especificamente no caso dos advogados, o otimismo pode, por vezes, contribuir positivamente. É o que se encontra em FUX¹²³, ao afirmar que utilizando a teoria dos jogos, demonstra-se a hipótese que o nível de viés otimismo de um advogado pode influenciar no sucesso de sua carreira e a capacidade de trazer resultados mais favoráveis a seus clientes, de modo que o otimismo exagerado que levará a inviabilizar a solução consensual¹²⁴.

Por sua vez, GOULART também enxerga um amplo espectro de atuação do viés do otimismo, podendo afetar tanto a atitude e tomada de decisão das partes e dos advogados quanto também o comportamento de magistrados e promotores¹²⁵

O impacto do viés do otimismo é pujante: quanto mais otimismo, menor será o intervalo de acordo, de modo que WOLKART razoa que “a impossibilidade de comportamento cooperativo para a autocomposição decorre sempre da incerteza acoplada ao otimismo”¹³². Nesse sentido, Bianca Bez destaca que o viés otimista pode atuar em duas principais variáveis: a estimativa de vitória do processo e as custas e despesas processuais¹²⁶.

Retomando o modelo matemático da valor de reserva do autor e do réu, rememora-se que para o autor, o valor de reserva será obtido pelo “lucro estimado”, ou seja, a diferença entre valor do pedido ponderado pela probabilidade estimada pelo autor de vitória e a soma dos custos administrativos com os custos de litigância ponderados pela probabilidade de derrota estimada pelo autor: $VRa = (VP * PVa) - \{Ca + Cl \times (1 - PVa)\}$.

Por sua vez, o valor de reserva do réu será a soma entre valor do pedido ponderado pela probabilidade, estimada pelo réu, de vitória do autor com a soma dos custos administrativos

¹²² WOLKART, op. cit., p. 418-419.

¹²³ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 134.

¹²⁴ Ibidem., p. 133-134.

¹²⁵ GOULART. op. cit., p. 219.

¹³² WOLKART, op. cit., p. 418.

¹²⁶ GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 220 134 Ibidem., p. 223.

com os custos de litigância ponderados pela probabilidade de derrota estimado pelo réu: $VR_r = VP * PV_a + Ca + (Cl * PV_a)$.

Percebe-se, das equações, que a estimativa da probabilidade de vitória no processo, influenciada pelo viés do otimismo¹³⁴ portanto, exerce fator multiplicador. Para o autor, ser otimista, ou seja, ter uma excessiva estimativa de vitória, significa elevar o fator multiplicador do lado esquerdo da equação, que pondera o valor do pedido, e diminuir o fator multiplicador do lado direito da equação, que pondera os custos de litigância. Logo, o valor de reserva subirá. Para o réu, ser otimista significa acreditar que o autor possui pouca chance de vitória, logo o fator multiplicador diminui, conseqüentemente abaixando seu valor de reserva.

Em um cenário de valor de reserva do réu abaixo do valor de reserva do autor, fecha-se a janela de acordo, pois o réu estará disposto a pagar, no máximo, um valor abaixo do que o autor aceita, no mínimo, receber.

Outro impacto negativo encontrado sobre o viés do otimismo é o que FUX traz como efeito “deadline”. O autor identifica que o viés do otimismo pode afetar a percepção das partes sobre o seu próprio poder de barganha na parte final das negociações, que tendem a esperar que a outra parte apresente suas informações. Muito embora tal efeito não seja inviabilizante do acordo, segundo o autor ele gera “desperdícios pela demora em alcançar uma composição consensual independentemente da incompletude da informação”¹²⁷.

4.2.2. A teoria da perspectiva e a aversão ao risco

Conforme explica THALER¹²⁸, a ideia de aversão ao risco nasce pelo postulado que a utilidade atribuída por um indivíduo a um aumento de riqueza cresce em uma taxa decrescente em relação à riqueza atual. É o que o autor chama de sensibilidade decrescente. Ou seja, quanto mais um indivíduo possui um determinado recurso, menor será o impacto percebido em receber ainda mais deste recurso: “para um camponês, um ganho inesperado de US\$ 100.000,00 transformaria sua vida. Para Bill Gates, passaria despercebido”.

Essa sensibilidade decrescente tende a criar no indivíduo uma posição de aversão ao risco de obter uma riqueza maior se ele tiver a certeza de obter uma riqueza menor, pois o primeiro R\$

¹²⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 135-136.

¹²⁸ THALER, Richard. H. Misbehaving: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 43.

1,00 ganho terá uma utilidade maior que o segundo R\$1,00. Deste modo, a utilidade de uma certeza de ganho menor pode ser tão impactante que o indivíduo não preferirá arriscar.

Dentro da lógica de um acordo, WOLKART destaca que, pela lógica da teoria da escolha racional, a predição da aversão ao risco induziria a parte a preferir realizar o acordo a se submeter ao risco do processo quanto maiores forem os custos e o valor do pedido¹²⁹, mesmo quando a probabilidade de um julgamento favorável for alta¹³⁰. Para tanto, é necessário um cenário de incerteza ou ao menos da ausência de garantia do resultado esperado¹³¹.

WOLKART traz importante ressalva destacada pela economia comportamental no entendimento do comportamento de aversão ao risco: a teoria da perspectiva. De acordo com tal teoria, as pessoas sopesaram de forma diferentes eventos prováveis e eventos certos. O que ocorre é que em uma possibilidade de ganho, as pessoas terão preferência à certeza de auferir um valor menor do que a incerteza de arriscar entre receber um valor maior ou não receber nada. No entanto, quando o que está em jogo é uma perda, a lógica se inverte: as pessoas preferem arriscar perder um valor maior se houver a possibilidade de não perder nada do que optar pela certeza de perder um valor menor.

Dito de outro modo, tal fenômeno também preenche a análise encontrada em Bianca Bez Goulart¹³²:

“Dessarte, em situações de perdas ou despesas, prefere-se probabilidade de uma perda maior à certeza de uma perda menor, na medida em que a perda certa é aversiva, impulsionando o indivíduo a correr riscos. Por outro lado, quando colocado diante de uma possibilidade de um ganho certo ou de um ganho maior, mas incerto, a tendência é que o indivíduo prefira não arriscar e opte pelo benefício imediato, de valor subjetivamente maior. A certeza em relação ao ganho menor é melhor escolha que uma mera chance de obter um ganho maior”

Esse comportamento rompe com o padrão racional da economia clássica quando se rememora a premissa de que o agente racional teria suas preferências estáveis, transitivas e completas. Assim, se o indivíduo prefere a certeza de ganhar determinado recurso a arriscar para ganhar mais deste recurso, significa que ele atribuiu a esses ganhos sua respectiva utilidade. Quando a situação fosse de perda, a mesma utilidade atribuída a esses recursos deveria servir de

129 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 428.

130 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 72.

131 *Ibidem.*, p. 77.

132 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 112.

parâmetro para a tomada de decisão, sempre visando a maximização de sua felicidade. No entanto, percebe-se aqui que a perspectiva da perda ou do ganho é capaz de alterar a ordem de preferência do agente: em situações de perda, ele preferirá o risco; em situações de ganho, ele preferirá a certeza.

A título ilustrativo, WOLKART exemplifica¹³³:

“Suponhamos que o autor pleiteie a condenação do réu no pagamento de R\$ 100.000,00, com possibilidade de vitória de 50%. [...].

Consideremos ainda que o conciliador tenha sugerido um acordo em R\$ 50.000,00. Qual será a postura das partes a respeito dessa proposta?

Da análise gráfica, podemos concluir que o autor aceitará o acordo. Para ele, claramente, R\$ 50.000,00 certos valem mais do que a chance de ganhar R\$ 100.000,00 com apenas 50% de probabilidade. Note-se que, para ele, o valor esperado do processo é R\$ 50mil (R\$ 100.000,00, com 50% de chance).[...]

Note-se que o valor é o mesmo, R\$ 50.000,00, mas na proposta de acordo esse é um valor certo, enquanto que, no processo, ele é incerto. [...].

A mesma análise mostra claramente que o réu rejeitará a proposta de acordo. Como certezas doem mais que probabilidades, é melhor perder R\$ 100.000,00 com 50% de chances do que perder R\$ 50.000,00 com certeza. Note-se que, ao rejeitar-se o acordo, o valor da perda esperada é dos mesmos R\$ 50.000,00 (R\$ 100.000,00 com 50% de chances).

Ao contrário do autor, e ao contrário do predito pela teoria clássica, o réu não é avesso ao risco, mas sim desejoso do risco. [...]

Em conclusão, podemos afirmar que o réu rejeitara a proposta de acordo”

WOLKART¹³⁴ afirma que também há evidências empíricas sobre a aplicação desta teoria da perspectiva no processo civil e nas tratativas de acordos, e traz um exemplo de estudo onde diversas pessoas foram divididas em dois grupos: autores e réus. Ao serem confrontados com uma proposta de acordo de R\$ 40.000,00 diante de um processo onde há um pedido de condenação de R\$ 80.000,00 e 50% de chance de procedência, a taxa de aceitação foi discrepante: para o grupo dos autores, 81,3% aceitaram a proposta, enquanto para o grupo dos réus apenas 45,5% preferiram o acordo.

Aqui ocorre o que Gico Júnior atribui como viés de enquadramento (*framing*), que é a influência na tomada de decisão de acordo como as opções se apresentam ao indivíduo. Desse modo, a variação na ordem de preferência adotada pelo indivíduo, de acordo com o cenário de

133 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 429-430.

134 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 430.

ganho e perda, pode ser alcançada quando é colocado a este indivíduo opções com conotação positiva e opções com conotação negativa.

Em exercício de ilustração, o autor propõe a situação¹³⁵: na escolha de uma política pública de saúde para tratamento de uma doença mortal que afeta 600 pessoas no Brasil, são oferecidos dois programas: se for adotado o tratamento A, salvará 200 pessoas; se for adotado o tratamento B há probabilidade de salvar 1/3 das pessoas e probabilidade de 2/3 de que nenhuma pessoa seja salva. A mesma questão pode ser apresentada de forma diferente: se for adotado o tratamento C, 400 pessoas morrerão; se for adotado o tratamento D, há a probabilidade de 1/3 de ninguém morrer e probabilidade de 2/3 de que todas as pessoas morrerão. O resultado surpreende:

“No primeiro dilema, um estudo empírico demonstrou que a maior parte das pessoas se comportou de forma avessa ao risco, i.e., o prospecto de salvar 200 vidas com certeza e, portanto, o tratamento A, foi considerado mais atrativo (72%) do que o prospecto de um em três de salvar 600 vidas, logo, de se escolher o tratamento B (28%). Note que o tratamento B tem o mesmo retorno esperado ($1/3 * 600 + 2/3 * 0 = 200$) que o tratamento A (200). Por outro lado, no segundo cenário, os resultados se inverteram, com apenas 22% das pessoas escolhendo o tratamento C, em que 400 pessoas morrerão com certeza, e 78% das pessoas preferindo o prospecto de um em três de salvar 600 vidas, mas de dois em três de morrerem todos. Note que o tratamento C também tem o mesmo retorno esperado de 200 vidas salvas que o tratamento D ($1/3 * 600 + 2/3 * 0 = 200$) e, para todos os efeitos, que os tratamentos A e B. Portanto, do ponto de vista da utilidade esperada, não há diferença real entre qualquer um dos quatro tratamentos, mas a forma como cada cenário é apresentado afeta a escolha das pessoas”.

Quando levamos tal lógica à dinâmica do processo civil, GOULART nos revela que o potencial litigante, ao enfrentar a proposta de acordo sob a perspectiva de ganho, suas ações tendem a ser avessas ao risco, tal como predito pela economia tradicional. No entanto, a perspectiva de um cenário de perda “provoca a substituição da aversão ao risco pela busca do risco”, preferindo a parte pela litigância ao invés do acordo¹³⁶.

Assim, Gico Júnior pondera¹³⁷ que a maneira como as partes percebem um acordo ou recebem as informações influi nas suas reações, de modo que, para além da dualidade de posições processuais do autor na situação de potencial ganho e do réu na situação de potencial perda, a

135 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 287-288.

136 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 146.

137 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 289.

própria forma como uma proposta se apresenta pode servir de gatilho para que a parte se comporte de forma avessa ao risco ou desejosa do risco.

No entanto, é importante trazer a ressalva que faz FUX: essa situação se inverte quando a probabilidade de ganho ou perda for pequena. Segundo o autor, isto teria relevância no campo das ações frívolas, onde os autores buscariam o risco enquanto os réus evitariam o risco¹³⁸.

4.2.3. A falácia dos custos afundados e seu impacto inverso

Na teoria econômica clássica, os custos afundados são aqueles já despendidos e que já não podem ser recuperados, logo, devem ser ignorados em qualquer tomada de decisão futura¹³⁹. No entanto, a economia comportamental revela que o dispêndio de recursos anteriores ao momento de tomada de decisão analisada desemboca na tendência em se continuar na atividade investida¹⁴⁰.

WOLKART¹⁴¹ ilustra a situação com exemplo também trazido por THALER¹⁴² sobre uma situação hipotética de ida a um teatro:

“Imagine primeiro que você tenha programado uma ida ao teatro numa noite de quarta-feira, para assistir a uma peça de seu relativo interesse, sem, todavia, prévia aquisição de ingresso. Poucos minutos antes de sair de casa cai uma tempestade na cidade. De zero a dez, qual seria seu nível de motivação para ir ao teatro? Considere agora que você já tenha adquirido o ingresso da peça, pagando por ele R\$ 200,00. Qual seria seu novo nível de motivação? Igual, maior ou menor do que na primeira situação? Um agente racional diria que o nível de motivação é o mesmo, de modo que, se ele decidiu não ir ao teatro por causa da tempestade na situação um, ele também não irá na situação dois. Mas não é isso o que ocorre à maioria das pessoas talvez não seja isso que ocorreu ao leitor. Em verdade, a maioria relata um nível maior de motivação na segunda situação, exatamente por conta do valor despendido na compra do ingresso”.

WOLKART destaca que, no Brasil, apesar de a audiência de mediação e conciliação ser realizada logo no início do processo, evitando futuros gastos em caso de acordo, a maior concentração de custos processuais ocorre também no início do processo¹⁴³. A teoria da escolha racional prediria, então, que a parte ignoraria esses custos na hora de escolher se é

138 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 182.

139 THALER, Richard. H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 35.

140 *Ibidem.*, p. 433.

141 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 432-433.

142 THALER, *op. cit.*, p. 34-35.

mais vantajoso ou não realizar o acordo, o que seria um grande problema. Uma vez que a condição de litigância é o resultado esperado pelo autor ser superior ao custo total esperado, a desconsideração dos custos nesta inequação permite que o valor do pedido ou a probabilidade de vitória estimada pelo autor (fatores que se multiplicam para calcular o resultado estimado) sejam menores e ainda sim a condição de litigância esteja satisfeita. Dito de outro modo, a teoria dos custos afundados revela que se o autor racional desconsiderar o que já pagou anteriormente, sua decisão por litigar ocorrerá com uma probabilidade estimada de vitória mais baixa ou com um valor do pedido mais baixo do que se ele fosse irracional e considerasse tais custos.

Trazendo a questão para o momento da audiência prévia do art. 334 do CPC/2015, uma vez que a parte já pagou a maior porção dos custos logo no início do processo, a condição de litigância, aqui a condição para continuar litigando é mais “fácil” de ser verificada, pois haverá pouco a se economizar em diante¹⁴⁴.

Muito embora a economia comportamental tente provar que as pessoas não podem ser consideradas agente tão racionais assim, aqui a atualização dos modelos da economia clássica não melhora o panorama. Na verdade, WOLKART expõe que ela revela um desestímulo ao comportamento cooperativo pela alocação de custos no início do processo, pois, conforme explicado, a economia comportamental prevê que a teoria dos custos afundados é uma falácia, pois, na prática, o dispêndio de valores anteriormente provoca a tendência a continuar na atividade investida (433).

Assim, tal como no exemplo da ida ao teatro o gasto com o ingresso estimula a enfrentar a tempestade, o pagamento da maior parte das custas estimula a continuidade no processo.

4.2.4. Heurística da ancoragem

Outro fenômeno psicológico levantado pela economia comportamental é a heurística da ancoragem, que se traduz em um atalho cognitivo que condiciona o processo deliberativo quando o agente é apresentado a um ponto de partida ou valor inicial anterior¹⁴⁵. Em outras palavras, o processo de tomada de decisão pode apresentar um resultado diferente

143 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 433-435.

144 *Ibidem.*, p. 434.

145 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 159.

simplesmente se determinado valor ou informação foi apresentado anteriormente ao agente, gerando uma decisão enviesada, ancorada no ponto de partida¹⁴⁶¹⁴⁷.

Gico Júnior também ressalta a ocorrência de tal fenômeno psicológico, ilustrando a questão com claro exemplo de estudo empírico realizado¹⁴⁸:

“Por exemplo, em um experimento, perguntou-se aos participantes quantos países africanos integram as Nações Unidas. Mas antes que respondessem, girou-se uma roleta com um número de 0 a 100 em frente deles. Após o resultado da roleta, eles deveriam informar se o número sorteado era superior ou inferior ao número de países africanos integram as Nações Unidas e, depois, estimar esse número a partir do número sorteado, ajustando-o. O problema é que as estimativas médias foram afetadas pelo número sorteado, i.e., o número aleatório inicial afetou substancialmente as estimativas posteriores. Quem recebeu números mais altos, realizou estimativas mais altas, e quem recebeu números mais baixos, realizou estimativas mais baixas, apesar de o número sorteado não ter qualquer ligação lógica com o número de países africanos que integram as Nações Unidas.”

Bianca Bez Goulart dá importante atenção a essa heurística, ao alertar que, no âmbito de uma negociação, a oferta inicial é capaz de influenciar o resultado da negociação pelo apego das partes a esse ponto de partida, essa “âncora” fixada na negociação¹⁴⁹. As partes tenderão a comparação as novas propostas com a primeira apresentada, o que pode gerar um perigo ao sucesso do acordo. Nesse sentido, a autora traz o exemplo:

“À título de exemplo, imagine-se que Jonas teve sua bagagem extraviada durante um voo e não foi recuperada pela com a aérea. O prejuízo indicado por Jonas totalizou o valor de R\$ 5.000,00. Proposta a ação judicial; a oferta final da companhia aérea para a celebração de acordo foi de R\$ 3.000,00 Salienta-se que havia controvérsia legal quanto à quantificação do dano em caso de condenação, pois Jonas havia juntado ao processo apenas algumas notas fiscais relativas aos bens que se encontravam no interior da mala.

Considerando-se os efeitos relativos à heurística da ancoragem, a probabilidade de Jonas aceitar a referida oferta tende a ser maior se, por exemplo, a proposta inicial for de R\$ 700,00 ao invés de R\$ 2.000,00. Isso porque, diante da menor proposta inicial, a expectativa de Jonas quanto ao valor final necessário para a celebração do acordo também será menor, ou seja, a última oferta, vamos supor, de R\$ 3.000,00 tende a parecer muito boa quando comparada à primeira. Em contrapartida, caso a proposta inicial seja de R\$ 2.000,00, a tendência é que Jonas crie maiores expectativas sobre o acordo, de modo que a oferta final de R\$ 3.000,00 não aparentará ser tão atrativa por estar ancorada na primeira”

146 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 147.

148 Ibidem, p. 280.

149 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 160.

Essa problemática também é lembrada por FUX¹⁵⁰, que pondera como essas “ofertas inicialmente realizadas em negociações por acordos influenciam fundamentalmente o resultado das tratativas”.

Alerta GOULART, ainda, que no âmbito da negociação essa informação ancorada pode ser além de uma proposta inicial, podendo também ser construída por informações “externas” à negociação, como conhecer uma situação em que, por exemplo, um familiar em um caso concreto semelhante recebeu um determinado valor pelo processo. Esse valor serviria como âncora para o processo decisória da parte¹⁵¹.

Gico Júnior¹⁵² traz importante anotação sobre a ocorrência desse viés na prática das audiências de conciliação na Justiça do Trabalho:

“Além disso, quem já teve a oportunidade de participar de audiências de conciliação na justiça do trabalho, pode ter percebido a técnica que muitos juízes trabalhistas empregam ao começar indicando os pontos fracos e fortes de cada lado e, obviamente estressando os pontos fracos de cada lado para cada parte. Ao fazê-lo, o juiz trabalhista não apenas reduz a assimetria de informação sinalizando em que direção sua decisão provavelmente irá, mas também psicologicamente ele induz as partes a realizarem uma atualização mais adequada de suas crenças, o que pode reduzir o otimismo e, assim, aumentar o espaço de acordo, resultando em uma taxa maior de celebração de acordos”.

Ressalta-se que o efeito trazido pela ancoragem, na verdade, insere-se em uma categoria maior: o efeito *priming*. Do mesmo modo, trata-se da influência que uma informação inicial pode ter em relação à tomada de decisão mesmo que com ela não tenha nenhuma relação lógica. No entanto, enquanto a ancoragem geralmente está atrelada a informações quantificadas, algébricas, o efeito *priming*, como efeito geral, também é um mecanismo cognitivo que geram decisões enviesadas quando o indivíduo é inicialmente exposto a palavras ou imagens¹⁵³. A título de exemplo, cita-se o seguinte experimento¹⁵⁴:

“Na década de 1980, os psicólogos descobriram que a exposição a uma palavra causa mudanças imediatas e mensuráveis na facilidade com que muitas palavras relacionadas podem ser evocadas. Se você viu ou escutou recentemente a palavra EAT (comer), está temporariamente mais propenso a completar o fragmento de

150 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 138.

151 GOULART, op. cit., p.162.

152 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 285.

153 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 607.

154 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 69-72.

palavra SO_P como SOUP (sopa) em vez de SOAP (sabão). O contrário aconteceria, é claro, se você tivesse acabado de ver a palavra WASH (lavar). Chamamos isso de efeito de priming (priming effect) e dizemos que a ideia de EAT evoca a ideia de SOUP, e que a de WASH evoca a de SOAP”

4.2.5. Heurística do afeto

A heurística do afeto consiste, basicamente, no permeio das emoções no processo cognitivo de tomada de decisões¹⁵⁵. Destaca-se que se trata de fenômeno que pode ser ainda mais visualizado na esfera da mediação que, conforme ilustrado, possui um procedimento mais aprofundado na emoção das partes para a solução do conflito. Essa carga emocional, nesse sentido, seria capaz de afetar não só as ações cotidianas mas também a intuição e estimativa sobre os riscos de determinado comportamento¹⁵⁶.

Tal como outros fenômenos comportamentais, por definição a emoção gera uma quebra no modelo racional de tomada de decisão, podendo constituir-se como um verdadeiro empecilho no processo negocial, mas que também pode servir de ferramenta estratégica para a obtenção de acordos (175).

Assim, se de um lado GOULART reconhece que as emoções podem desviar a atenção sobre os assuntos que realmente importam na negociação e que podem danificar o relacionamento das partes, por outro, o conhecimento dessas emoções pode levar a descobrir os verdadeiros propósitos das partes na negociação, e as emoções positivas em relação à outra parte podem reduzir o medo e a suspeita¹⁵⁷ e promover o comportamento cooperativo.

Portanto, o comportamento cooperativo, e portanto a probabilidade de acordo, “tende a aumentar à medida que as emoções negativas são mitigadas [...]” e não merece ter seu papel desconsiderado (189).

4.2.6. Viés da confirmação

Outro fenômeno comportamental identificado por Bianca Bez é o viés da confirmação, que consiste na tendência do comportamento humano de buscar e interpretar dados que confirmem

¹⁵⁵ GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 169.

¹⁵⁶ Ibidem., p. 172.

¹⁵⁷ Ibidem., p. 176-177.

suas crenças anteriores¹⁵⁸. A autora cita importante estudo que revela a engrenagem deste viés¹⁵⁹:

“Um estudo experimental realizado por Charles G. Lord, Lee Ross e Mark R. Lepper recrutou quarenta e oito alunos de graduação da Universidade de Stanford, dos quais metade se posicionava de modo favorável à pena de morte e a outra se opunha expressamente a essa forma de punição. Dando início à experiência e com os participantes reunidos em torno de uma grande mesa, o pesquisador determinou que cada estudante deveria ler dois estudos de um total de vinte, aleatoriamente selecionados.

As pesquisas escolhidas abordavam a eficácia dissuasora da aplicação da pena de morte em relação ao cometimento de novos crimes de homicídio. Os participantes, por sua vez, deveriam usar seus “[...] próprios 'poderes avaliativos' para pensar sobre o que o autor(es) do estudo fez, o que os críticos tinham a dizer e se a pesquisa fornecia apoio para um lado ou outro da questão”. Depois de explicar o objetivo do experimento, o pesquisador mostrou aos grupos um conjunto de dez fichas, cada uma contendo uma breve declaração dos resultados apresentados em cada estudo. [...]

A última etapa consistiu em pedir aos participantes que eles escrevessem porque pensavam que os estudos exibidos tinham ou não dado suporte ao argumento de que a pena de morte é um elemento dissuasivo da prática de homicídios. Além disso, os grupos deveriam responder a uma série de questões sobre eventual mudança de atitude ou de crença no que toca aos resultados e às detalhadas descrições apresentadas.

O resultado do experimento pode ser resumido na seguinte frase: “[...] as primeiras impressões carregam um peso desproporcional” [...].

Em outros termos, aqueles que já eram favoráveis à pena de morte reputaram que os estudos confirmadores de suas posições eram melhores e mais convincentes. Os participantes inicialmente contrários à pena de morte também agiram dessa forma, ou seja, mantiveram sua posição inicial e julgaram como superiores as pesquisas que os amparavam”

Em outras palavras, o viés da confirmação implica na distorção para “manter ou aumentar a autoestima da pessoa ou a tendência que as pessoas têm de se lembrar, confirmar ou pesquisar por informações que reafirmem suas próprias crenças ou hipóteses iniciais”¹⁶⁰. Trata-se, assim, que uma estimativa seletiva nas escolhas dos fatores que servirão de base para a análise.

Para GOULART, esse tipo de comportamento também pode ser observado no âmbito jurisdicional, desde o comportamento das partes como também no comportamento do advogado ¹⁶¹, afetando o campo da parcialidade. A atuação do viés confirmatório é sentido

158 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?.* 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p.195.

159 *Ibidem.*, p. 192.

160 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil.* Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 284.

161 “Voltando ao desempenho do advogado, por exemplo, o fato de ele já ser direcionado à parcialidade e à defesa de seu cliente pode gerar ações não cooperativas ao longo das negociações e do processo judicial. A tendência é que o advogado busque construir argumentos e evidências que amparem a versão apresentada pela parte que o contratou. No entanto, essa atuação afunilada em busca de provas, confirmações e argumentos que sustentem apenas uma versão pode ser prejudicial à celebração de um acordo, pois, muitas vezes, o advogado

pela autora, nessa seara, como capaz de conduzir as partes para uma decisão correta ou incorreta dependendo “da posição inicial apresentada, dos comportamentos exibidos e das informações disponíveis a ambas”¹⁶².

Ademais, o viés da confirmação dificulta a aceitação de um feedback negativo ¹⁶³, o que pode resultar em um comportamento não cooperativo no processo.

4.2.7. O viés egocêntrico

O viés egocêntrico ou do excesso de confiança trata-se de viés onde os indivíduos demonstram alto grau de certeza, considerando que suas posições sobre determinados assuntos são as únicas ou as mais corretas. Isso desemboca na tendência que essas pessoas tenham uma falsa ou exagerada percepção de si” como melhor que o outro, como por exemplo, possuir uma saúde melhor ou ser mais habilidoso com a direção de veículos¹⁶⁴.

Em exposição mais clara, GICO JR explica que os indivíduos aceitam a probabilidade geral, mas entendem que são exceções à regra. Assim, no exemplo trazido pelo autor, em um grupo onde os indivíduos foram informados que a probabilidade de ocorrência de divórcio no Brasil era de 50%, os indivíduos casados ainda sim estimam a probabilidade se seus casamentos acabar em apenas 0 a 10%¹⁶⁵.

Essa supervalorização própria, na opinião de Bianca Bez¹⁶⁶ diminui a probabilidade de formulação de uma solução consensual, pois a existência de interpretações egocêntricas de justiça gerará um afastamento entre as expectativas das partes entre si e com a própria realidade, aumentando o valor de reserva das partes. No entanto, diferente do que ocorre com os outros vieses, aqui a possibilidade de acordo torna-se ainda menor pois as partes podem compreender a proposta de acordo não só como insuficiente, mas também como injusta (215).

não prestará atenção nas informações relevantes e divergentes que a outra parte pode ter contra ele, tornando-o menos flexível onde deveria ou podia ser. De forma pontual, Robert S. Adler infere que os "negociadores podem facilmente cair na armadilha da confirmação quando insistem cegamente em seu ponto de vista enquanto negociam"(GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 198).

162 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 199.

163 GICO JÚNIOR, op. cit., p. 284.

164 GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 212-213

165 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 283.

166 GOULART, op. cit., p. 213-214.

4.2.8. O efeito de subaditividade

Outro comportamento enviesado identificado por FUX e BODART é o efeito de subaditividade, que explica existir uma tendência que o indivíduo estime a probabilidade de ocorrência de um conjunto de eventos menor do que estimaria se analisasse a probabilidade de cada um dos eventos desse conjunto separadamente¹⁶⁷. Fica mais claro na ilustração trazida pelo autor:

“Em um importante estudo, pesquisadores solicitaram a advogados que estimassem a probabilidade de futura sentença situar-se em cada uma das seguintes faixas de valores: até \$ 25 mil, entre \$ 25 e \$ 50 mil, de \$ 50 a \$ 100 mil e acima de \$ 100 mil. Em média, a soma das probabilidades estimadas para cada uma das faixas foi de 170%”.

Desta forma, percebe-se que o efeito da subaditividade pode influenciar na janela de acordo. Uma vez que somente pela perspectiva de análise da probabilidade de vitória as partes podem produzir estimativas não só exageradas, mas que extrapolam inclusive o máximo de 100% que é possível dentro do campo da probabilidade, este processo cognitivo irracional tem o condão de aumentar o resultado esperado pela parte, sobretudo em casos de pedidos cumulativos.

4.2.9. Heurística da disponibilidade

Importante fenômeno identificado pela economia comportamental é a heurística da disponibilidade. Ele se caracteriza como o processo cognitivo que o indivíduo possui a superestimar a probabilidade de eventos estatisticamente insignificantes pela facilidade de acesso da informação desses eventos (disponibilidade)¹⁶⁸.

GICO JR relata que a disponibilidade de um evento no processo cognitivo não acaba sendo determinada pela sua frequência, mas sim por questões como o tempo e a importância da ocorrência desses eventos, de modo que os mais recentes e os mais impactantes terão mais influência no processo de tomada de decisão¹⁶⁹. Nesse mesmo sentido destaca Bianca Bez Goulart em sua obra, evidenciando como esse processo heurístico conduz para uma estimativa equivocada sobre as probabilidades de ocorrência do evento¹⁷⁷.

167 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 138.

168 GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 279.

169 *Ibidem*, p. 279.

177 *Ibidem*, p. 105.

Um exemplo prático utilizado para explicar a formulação de decisões sob o viés da disponibilidade é que mais pessoas possuem medo de viajar de avião do que viajar de carro muito embora o avião seja o meio de transporte mais seguro do mundo. Isso provavelmente ocorre pelo impacto que as tragédias envolvendo acidentes de avião tem sobre as pessoas.

Vale, novamente, rememorar que tal estimativa afeta diretamente a verificação ou não da condição de litigância a partir do momento que altera o valor de reserva. A título de exemplo, o valor de pedidos sobre danos morais e materiais podem fugir do valor das condenações médias para casos semelhantes se a parte tiver como informações de acesso mais “fácil” outras condenações superiores a essa média que para ela sejam mais recentes ou mais marcantes, sobretudo em um momento de audiência prévia de conciliação do art. 334 do CPC/2015, onde ela não terá tempo para acessar a informação sobre as médias de condenação e terá que tomar a decisão na hora.

Tal consequência também é ressaltada por FUX e BODART¹⁷⁰:

“Então, a ampla divulgação na imprensa de um importante julgamento sobre tema correlato pode afetar o otimismo das partes quanto às suas chances de vitória em juízo. Por exemplo, um estudo comparou a média das indenizações noticiadas em grandes periódicos, como o New York Times e o New York Newsday, com a média das indenizações efetivamente concedidas pelo Judiciário de Nova Iorque/EUA, detectando que a média dos valores veiculados na imprensa era mais de dez vezes superior à média real.”

4.3. Caminhos a seguir: quais possíveis ajustes comportamentais identificados

Uma vez descrita a gama de fenômenos comportamentais aplicados à lógica da mediação e conciliação encontrados na literatura nacional sobre análise econômica do processo civil, torna-se relevante ao presente trabalho não só usar estes fenômenos como ferramentas de análise e interpretação da dinâmica de acordos, mas também como ferramentas de soluções e ajustes do modelo de acordos a partir da conciliação e mediação judiciais no Brasil.

Para tanto, este tópico pretende justamente estender a análise da literatura abordada para trazer à baila que medidas interventivas lastreadas no aparato da economia comportamental na sistemática destes métodos tem recebido destaque nas obras analisadas como possíveis ajustes para aumentar a efetividade da resolução de demandas judiciais por meio de acordos. A relevância de levantamento apresenta-se, sobretudo, quando se rememora o cenário de

¹⁷⁰ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Processo Civil e Análise Econômica. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 138.

congestionamento judicial e como as ADRs são desenvolvidas no Brasil tendo como uma de suas consequências planejadas a melhora deste quadro, conforme descrito no capítulo anterior.

Reitera-se que o objetivo do presente trabalho é abordar as questões penas relacionadas à incidência dos ajustes da economia comportamental na dinâmica da mediação e conciliação no Brasil, de modo que muitas das soluções encontradas que perpassam por discussões que giram em torno do modelo comportamental preditivo já trazido teoria da escolha racional, como a assimetria de informações, impacto dos custos e probabilidades estimadas e a teoria dos jogos, ou por questões relacionadas estritamente à fase executória, recursal ou à atuação do magistrado, de modo que estes pontos não receberão maior atenção por tangenciar a discussão proposta.

Destarte, destaca ABREU¹⁷¹, como o ambiente do processo civil brasileiro permite a conformação da atividade dos sujeitos processuais dentro de uma arquitetura de escolhas estratégicas visando a promoção do comportamento cooperativo no processo. Segundo o autor, a utilização de incentivos comportamentais a partir da técnica do Nudge podem ser de grande utilidade em situações que permitem esses ajustes com base nos fenômenos até aqui estudados.

Os nudges, consistem, conforme explica THALER¹⁷², em considerar que justamente os fatores supostamente irrelevantes são capazes de influenciar o comportamento humano quando são explorados a partir de pequenos incentivos. Desde já, destaca-se diferenciação também trazida pelo autor em relação aos “sludges”: enquanto os nudges seriam aqueles incentivos aplicados em uma arquitetura que visa estimular escolhas positivas, os sludges seriam a aplicação da mesma técnica de incentivo, mas visando tirar algum tipo de vantagem, usada de má-fé¹⁷³.

Pondera THALER¹⁷⁴ que o uso dos nudges, assim como grande parte do aparato da economia comportamental, foram alvo de críticas em relação a uma possível interferência na liberdade e livre arbítrio do indivíduo. No entanto, o economista explica que se trata, na verdade, de uma espécie de paternalismo libertário, que não visa manipular a tomada de decisão, mas, em contextos de grande incerteza, promover incetivos para evitar decisões equivocadas, que

171 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 117.

172 THALER, Richard. H. Misbehaving: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 385.

173 ANDRADE, Agenor Cássio nascimento Correia de; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÓES, Gisele dos Santos Fernandes. A utilização dos nudges nas sessões de mediação como instrumento da política nacional de tratamento adequado dos conflitos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 16. v. 23, n. 2. p. 1-27. 2022. p. 7.

174 Ibidem. p. 381-382.

provocaria uma “desutilidade” tanto pro indivíduo quando para a sociedade”¹⁷⁵. Trata-se, portanto, de técnica não coercitiva, adotada para evitar a tomada de decisões enviesadas que seriam tomadas pela influência das heurísticas.

Em obra de Richard Thaler com Cass Sustein que visa explorar justamente a dinâmica destes nudges, é trazido exemplo prático de como estes incentivos podem trazer resultados significantes¹⁷⁶. Relatam os autores que uma pessoa que era responsável pelo serviço de alimentação das escolas de uma determinada cidade coordenou junto a um consultor de perfil estatístico a seguinte arquitetura:

“Sem mudar nenhum cardápio, eles fariam alguns experimentos nas escolas para verificar se a disposição e a apresentação da comida poderiam influenciar a escolha dos alunos. Assim, Carolyn selecionou dezenas de escolas e deu ao diretor do refeitório de cada uma instruções específicas sobre como organizar os alimentos no mostruário. Em algumas escolas as sobremesas ficavam à frente; em outras, atrás; e em outras ficavam até separadas dos pratos principais. O posicionamento de vários itens variava de escola para escola. Em algumas a batata frita ficava bem na linha de visão, enquanto em outras a cenoura ocupava essa posição.

Com base em sua experiência em plantas de supermercados, Adam suspeitava de que os resultados seriam expressivos. E estava certo. Ao simplesmente reorganizar o refeitório, Carolyn foi capaz de aumentar ou reduzir o consumo de vários alimentos em até 25%. Ela aprendeu uma lição valiosa: tanto quanto os adultos, é possível exercer uma grande influência sobre crianças e jovens em idade escolar com pequenas mudanças de contexto”.

Trazendo a questão para o âmbito do processo civil, percebe-se que o arquiteto de escolhas é, tipicamente, o legislador, mas dentro da dinâmica processual em si, esse papel pode ser assumido pelo juiz¹⁷⁷.

De forma analógica, dentro da audiência de conciliação ou de mediação, esse papel pode ser assumido pelo mediador ou conciliador, que terá a função de guiar as partes para o acordo¹⁷⁸. Desta forma, a utilização dos nudges se tornam ferramentas importantes para que se evite o comportamento enviesado das partes a ponto de fechar a janela de acordo.

175 WEYNE, Denise Lage Bezerra. A aplicação dos nudges na preservação do livre arbítrio em audiências judiciais de conciliação e mediação. Belém: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 5, n. 2, p. 104-118. 2019. p. 109.

176 THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: o empurrão para a escolha certa. São. Paulo: Campus, 2009. p. 5.

177 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.118.

178 ANDRADE, Agenor Cássio nascimento Correia de; PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; GÓES, Gisele dos Santos Fernandes. A utilização dos nudges nas sessões de mediação como instrumento da política nacional de tratamento adequado dos conflitos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 16. v. 23, n. 2. p. 1-27. 2022. p. 16-17

No entanto, vale ressaltar que os arquitetos de escolha podem ser, inclusive, os demais sujeitos processuais. Rafael Sirangelo de Abreu¹⁷⁹ vê de forma positiva tal ocorrência, mas ressalta que só deverá ser empreendida pela parte se não estiver eivada pela má-fé para que se tente tirar vantagem da outra parte.

É neste meandro que se insere a diferença que os nudges que carregam os ajustes da economia comportamental podem empenhar em uma arquitetura de escolhas processuais em relação às proposições tradicionais duras do Direito de permissão ou proibição, ônus, deveres e faculdades¹⁸⁸. Trata-se de modelo de arquitetura que não visa regular comportamentos mas sim desincentivar o comportamento prejudicial.

A presente pesquisa revela que já há algumas medidas no Brasil que já vem sendo tomadas com base nessa técnica de nudges no âmbito do processo civil com foco no afastamento de comportamentos enviesados.

WEYNE¹⁸⁰ cita que no CEJUSC do Fórum Clóvis Beviláqua, em Fortaleza, no Ceará, as salas de mediação foram nomeadas utilizando nomes que remetam a emoções positivas como “justiça”, “tolerância”, “sabedoria”, “harmonia” e “transformação”. Por sua vez, as salas de conciliação receberam os nomes de esperança, cooperação, compreensão e confiança. Aqui, percebe-se como tal arquitetura ajuda tanto a evitar a ocorrência da heurística do afeto como aciona um priming positivo.

Trata-se, aqui, da ocorrência do efeito de priming anteriormente discutido. Tais medidas são amplamente apoiadas por WOLKART¹⁸¹, que destaca a capacidade de eficácia deste efeito e de sua enorme relação custo-benefício. No âmbito da mediação e da conciliação há ampla margem para a implementação de nudges que provoquem o efeito priming nos sujeitos processuais, desde o local de realização das reuniões, a escolha por cadeiras iguais e equidistantes e decoração com elementos que remetam à conciliação e diálogo¹⁸².

179 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 123. 188 Ibidem., p. 129.

180 WEYNE, Denise Lage Bezerra. A aplicação dos nudges na preservação do livre arbítrio em audiências judiciais de conciliação e mediação. Belém: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 5, n. 2, p. 104-118. 2019. p. 114.

181 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 610/612.

182 FORNI, João Paulo. SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. TOMAZETTE, Marlon. As contribuições da economia comportamental para o aperfeiçoamento da mediação e da conciliação. Brasília: Economic Analysis of Law Review, v. 11, nº 1, p. 113-130. 2020. p. 120.

Seguindo a mesma lógica, o supracitado fórum hoje também colocou nas salas e corredores avisos motivacionais de incentivo à conciliação e cooperação.

Outro exemplo de nudge aplicado no Brasil ocorre no Poder Judiciário de Goiás pelo Projeto Adoce. No caso, a medida adotada foi o oferecimento de suco de uva às partes e advogados no 2º CEJUSC de Anápolis. Como resultado, houve um aumento de 31,03% no número de acordos alcançados em relação àqueles que aceitaram o suco. A explicação para tal resultado se dá pois a ingestão de glicose permite a transição do sistema punitivo (a intenção de conduzir o processo apenas para prejudicar a outra parte) para o sistema de recompensa, o que ajudou a facilitar a comunicação entre as partes¹⁸³.

Acerca destes nudges, ABREU¹⁸⁴ apresenta propostas para implementação na realidade brasileira: (i) facilitação do pagamento de despesas processuais para induzir o não requerimento da gratuidade, como o parcelamento sem necessidade de deferimento pelo juiz ou o pagamento pelo cartão de crédito; (ii) o reenquadramento de opções processuais disponíveis aos jurisdicionados visando o estímulo a adotar as ferramentas e institutos que a arquitetura de escolha entender por mais benéfica (útil), como a alteração da apresentação de uma multa pela possibilidade de desconto (não aplicação da multa).

Apesar da existência destes pequenos incentivos, WOLKART¹⁸⁵ entende que o sistema brasileiro ainda não possui estímulos suficientes para aumentar as taxas de autocomposição de conflitos.

Nesse sentido, uma das propostas do autor que se relaciona com os fenômenos da economia comportamental é o aumento das custas judiciais e a extinção do teto de custas. O autor justifica que a atuação do viés do otimismo, ao elevar o sentimento de vitória do autor, acaba por diminuir a probabilidade mínima de vitória estimada pelo autor para satisfação da condição de litigância, e que o aumento do valor do pedido só tende a potencializar tal efeito, sobretudo pelo teto de custos que existe no sistema processual brasileiro¹⁸⁶.

183 Disponível em jornal.ufg.br/n/138048-projeto-adoce-e-institucionalizado-no-judiciario-goiano. Acesso em 30/11/2022.

184 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 122.

185 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 437.

186 Ibidem., p. 435.

WOLKART também propõe que haja uma redistribuição do valor destas custas judiciais ao longo do processo. Dentro da lógica da falácia dos custos afundados, tal proposta visa evitar colocar as partes em um momento de necessidade de tomada de decisão pela continuidade da litigância no cenário de a maior parte dos custos já ter sido paga, pois, conforme visto, isto provocaria a tendência da parte a persistir no processo. O autor expõe que tal medida “multiplicaria as possibilidades de autocomposição no processo”¹⁸⁷.

Por sua vez, também é trazida proposta pelo jurista no sentido de uma desvinculação parcial entre pagamento de custas e sucumbência que traz o art. 82, §2º do CPC/2015. Assim, sugere WOLKART¹⁸⁸ que “no caso de proposta de acordo recursada, recaiam sobre a parte discordante as despesas processuais no montante relativo à diferença entre o valor ofertado e a sentença final, sempre que essa for menos favorável do que o valor oferecido no acordo”¹⁸⁹. Tal solução perpassa pelo argumento de que geraria um incentivo para a apresentação de um acordo como forma de “seguro” contra o pagamento de despesas processuais e que serviria de contrapeso ao comportamento tendencioso ao risco pelo réu: ao propor o acordo, o réu, gerando este “seguro”, ele aumentará a diferença entre a perda certa e a perda incerta (risco), diminuindo a chance de um impacto da sensibilidade decrescente. Quer dizer, quanto maior perda incerta em comparação com a perda certa, maior a possibilidade do réu sentir a desutilidade marginal de arriscar. Do mesmo modo, haverá maior possibilidade de o réu aceitar a proposta do autor, pois sua recusa implicará em possíveis custos futuros e, conseqüentemente, o aumento da perda incerta.

WOLKART também dedica ampla margem de sua obra para apresentar soluções com base na economia comportamental que possam mitigar a litigância de má-fé no Brasil e tornar mais efetiva a sistemática de multas do art. 81 do CPC/2015.

Acerca do impacto do viés do otimismo aliado à sensibilidade decrescente da utilidade marginal nesta questão, o autor descreve que se os possíveis violadores forem otimistas quanto à possibilidade de punição (ou seja, preveem como baixa a probabilidade de serem punidos), penas estabelecidas para igualar os possíveis ganhos com a violação serão ineficientes¹⁹⁰. para ilustrar a questão, o autor exemplifica:

187 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 446.

188 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 598-605.

189 *Ibidem.*, p. 444.

190 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 598.

“O exemplo clássico de Polinsky é o da multa pelo estacionamento em local proibido. No exemplo, a infração confere ao motorista uma utilidade equivalente a R\$ 10. Nesse caso, o motorista, antes de decidir se viola ou não a lei, comparará os benefícios de sua violação ao valor esperado da multa. Se a conduta ilícita puder ser detectada em 100% dos casos (por um radar eletrônico, por exemplo), então basta que o valor da multa iguale a utilidade retirada da conduta pelo motorista, ou seja, R\$ 10. Todavia, se houver apenas um guarda de trânsito a pé patrulhando todas as ruas do bairro, de modo que essa probabilidade seja de apenas 1%, a multa deve ser fixada em R\$ 1 mil”.

Mas ressalta o autor que aqui deve ser considerado também o viés do otimismo para a estipulação de uma multa eficiente: “se o benefício de estacionar em local proibido for R\$ 10, a probabilidade de punição real for 10%, mas a probabilidade percebida pelo motorista otimista for de apenas 5%, então a multa ideal deverá ser R\$ 200, e não R\$ 100”¹⁹¹. Em casos de escalonamento de uma determinada multa em relação à sua gravidade, WOLKART também faz a ressalva de que o aumento proporcional (se o dobro de gravidade, o dobro do valor da multa) tende a fazer com que a sanção perca efetividade pela sensibilidade decrescente explicada pela teoria da perspectiva.

Ainda, o jurista destaca que quando inserimos nesta análise o viés da disponibilidade (ou seja, a superestimação da probabilidade pela facilidade de lembrar um evento de baixa probabilidade), o tipo de solução a ser adotada para tornar a multa eficiente varia a depender das combinações deste viés com o um otimismo exagerado causado pelo “critical threshold”. Tal termo refere-se à tendência humana de considerar como nula a chance de ocorrência de determinado evento se a sua probabilidade for inferior a um determinado patamar²⁰¹. Retomando a ilustração anterior, é como se o infrator considerasse que não há nenhuma fiscalização no local, logo sua chance de ser multado seria de 0%. O impacto dessa observação tem grande relevância, afinal não importará o valor da multa, pois ponderada (multiplicada) com a probabilidade de 0% de sanção, o resultado é uma perda estimada em zero.

Assim, são destacados 4 cenários¹⁹²: i) na probabilidade acima do patamar de consideração e não ocorrência do viés da disponibilidade, o foco deverá ser na elevação do montante da pena para compensar o otimismo; ii) na probabilidade abaixo do patamar de consideração e ausência de disponibilidade, o autor recomenda investimento para elevar as probabilidades punitivas para evitar o “descarte” da pequena probabilidade existente; iii) na probabilidade

191 Ibidem., p. 599.

201 Ibidem., p. 600.

192 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 603-604.

abaixo do patamar de consideração e na ocorrência de disponibilidade, haverá a superestimação da probabilidade real, o que faz com que a maior necessidade de atuação seja a equalização da multa para que, “multiplicada pela probabilidade percebida, seu valor esperado iguale o benefício marginal da infração – são casos em que a pena pode até ser diminuída, se necessário”; e iv) na probabilidade acima do patamar de consideração e na ocorrência do viés da disponibilidade o caminho proposto pelo autor é o de cautela para que a multa não seja exagerada, uma vez que haverá uma superestimação da probabilidade, “de modo que seu valor esperado, tal como percebido pelo agente, não supere os benefícios marginais da infração”.

Assim, recomenda WOLKART¹⁹³ como importante que se considere o impacto do viés do otimismo na reestruturação legislativa do sistema de recompensas, aumentando o rigor das sanções pela má-fé e promovendo o acesso claro à informação sobre a rigorosidade da multa desde o primeiro despacho ou decisão nos autos e promovendo ampla divulgação sobre quantidade de casos anuais de imposição de sanções por litigância de má-fé¹⁹⁴.

GOULART¹⁹⁵, em suas medidas de mitigação dos efeitos comportamentais estudados, destaca, de forma geral, a necessidade de, primeiramente, reconhecer a existência de vieses e heurísticas no contexto das negociações, e promover a educação dos operadores do direito sobre as heurísticas e vieses trazidos pela psicologia, o que pode contribuir para a diminuição da incidência de vieses sobre os advogados, além de capacitá-los para promover arquiteturas de escolhas eficientes no processo e para o próprio cliente.

Em relação à heurística do afeto, a autora destaca a importância de não mais ignorar a influência emocional na decisão de propositura da ação, o estabelecimento de um diálogo emocional no processo e o uso estratégico dessas emoções para explorar qual a preocupação central da parte. Por sua vez, quanto ao viés egocêntrico, a autora enxerga que a aplicação da técnica do “advogado do diabo”, também recomendada para mitigação do viés confirmatório, e a formulação de checklists que verifiquem a verdadeira atuação das partes nos fatos podem ajudar a mitigar os efeitos observados¹⁹⁶.

193 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 604.

194 Ibidem., p. 604-605.

195 GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 248-251.

196 Ibidem., p. 249.

Ainda, quanto ao viés do otimismo, GOULART destaca a importância do papel do advogado em reduzir o otimismo dos clientes, apresentando dados e estimativas reais das probabilidades de êxito ¹⁹⁷.

A jurista também cita a importante contribuição que os nudges podem ter na formulação de incentivos comportamentais benéficos para a sociedade e o sistema judiciário¹⁹⁸.

Descritas as soluções encontradas na pesquisa aqui empreendida, torna-se mister, ao fim, trazer importante destaque manejado por ABREU¹⁹⁹ de que a adoção de qualquer das soluções previstas convoca a necessidade de avaliação e pesquisas empíricas que confrontem o resultado esperado e o resultado obtido pelas medidas que forem abrangidas.

197 Ibidem., p. 250.

198 GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 252-255.

199 ABREU, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 130.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explorar na literatura jurídica sobre análise econômica do processo civil como vem sendo abordadas as atualizações promovidas pela economia comportamental ao modelo da teoria da escolha racional da economia clássica na análise da dinâmica das audiências de mediação e conciliação.

Para tanto, foi realizada uma breve roteirização do nascimento da Análise Econômica do Direito visando demonstrar os fundamentos econômicos que permitiriam a tentativa, posterior de defender que o ambiente da mediação e conciliação constitui-se como uma verdadeira zona de negociação pelo acordo nos autos, onde as partes comportam-se como agentes econômicos em negociação.

Invocando o teorema de Coase, tentou-se demonstrar que em um ambiente onde há custos de transação que permitam uma janela de acordo, o recurso em disputa entre os agentes econômicos (ou as partes de um processo judicial) tende a ser transacionado a favor de quem a ele dê mais valor, o que gera o incremento de riqueza para as partes e também maior bemestar para a sociedade.

Apesar do paralelo, o presente trabalho permitiu descobrir que as taxas de acordo por autocomposição no Brasil ainda são baixas, de modo que este poderia ser um sintoma que o sistema atribuído à dinâmica das audiências poderia ser a causa do fechamento da janela de acordo. Para a verificação desta hipótese, o presente trabalho não se pretendeu realizar uma análise completa, mas buscou focar como a economia comportamental poderia ajudar a entender, ao menos parcialmente, este insucesso. Para tanto, o referencial teórico utilizado foi a literatura nacional sobre análise econômica do processo civil, buscando-se entender como tais literaturas têm analisado a mediação e a conciliação no Brasil a partir dos fenômenos psicológicos levantados pela BL&E.

Tentou-se demonstrar também como o impacto desta análise possui relevância no cenário do congestionamento judicial, uma vez que a mediação e conciliação, como métodos adequados de resolução de conflitos que visam dar efetividade ao sistema cooperativo construído desde a Resolução nº 125 do CNJ e consagrado no art. 6º do CPC/2015, tinham como um de seus objetivos justamente desafogar o Poder Judiciário com a resolução de demandas a partir de acordos.

A pesquisa empenhada encontrou uma produção ainda pequena sobre análise econômica da autocomposição dedicada ao esmiuçamento dos fenômenos psicológicos estudados, encontrando-se maior referencial relativo à economia clássica, mas que constituem revelante aparato teórico para o desenvolvimento do tema, de modo que foi possível compreender: como a dinâmica processual civil no Brasil pode ser enxergada através do comportamento das partes; como a mediação e a conciliação são, de fato, consideradas pela análise econômica observada um ambiente de negociação onde há menos custo de transação; como estes métodos ainda são considerados pouco efetivos e a explicação para tal fato perpassa pela análise de como as partes agem e reagem no ambiente processual.

Dentre os fenômenos comportamentais apontados pela BL&E que foram encontrados, receberam grande destaque o viés do otimismo, o efeito de ancoragem e o efeito *priming* e a teoria da perspectiva. Tais fenômenos permitiram entender como a arquitetura processual brasileira permite um ambiente autocomposição judicial ainda é vulnerável a insurgências de heurísticas e vieses capazes de fechar a janela de acordo. Isto se dá, pois conforme visto, a sistemática processual brasileira, ao desconsiderar os efeitos do viés do otimismo, a contraditória busca pelo risco em cenários de perda, o poder da ancoragem e a ineficiente distribuição de custas processuais, acaba preparando terreno para que facilmente a condição de litigância seja satisfeita mesmo que a probabilidade de vitória estimada pela parte seja baixa.

Aliado a estes, outros fenômenos como a heurística do afeto, o viés da subaditividade, o viés da confirmação, o viés da disponibilidade e o viés do egocentrismo contribuem para minar cada vez mais a existência de uma janela de acordo.

No entanto, a notícia positiva que pode ser extraída é que é justamente sobre os mesmos vieses e heurísticas apontadas que foi possível encontrar soluções criativas e promissoras na presente pesquisa. A utilização da técnica dos nudges revelou-se como um caminho para alterar, ou criar, uma arquitetura de escolhas no âmbito da autocomposição judicial que visem mitigar a influência desses vieses. Apesar de nem todas as obras analisadas terem debruçado sobre a missão de estabelecer propostas, as soluções que puderam ser encontradas foram de uma gama significativa, abrangendo desde a decoração das salas de audiência, a atuação dos demais sujeitos processuais como os advogados e os mediadores e conciliadores a até mesmo a formulação de soluções legislativas, com uma visão sobre a necessidade de adaptação da sistemática de custas e multas do Código de Processo Civil.

Deste modo, o que se pode concluir, de forma parcial, é que a literatura nacional de análise econômica do direito processual civil já apresenta relevante e sólida preocupação com a utilização das ferramentas psicológicas para se debater o processo civil no Brasil, apresentando um cenário muito promissor para a evolução do tema.

Depreende-se que ainda há muito caminhos a serem percorridos, haja vista que a economia comportamental constitui-se como um segmento de formulações descritivas, empíricas, e que portanto necessitam ser testadas. De qualquer modo, o referencial teórico descoberto no Brasil já permite que próximos passos a serem dados sejam a formulação de mais pesquisas empíricas para entender as peculiaridades dos jurisdicionados brasileiros e qual a arquitetura de escolhas mais efetivas para, enfim, obter maiores taxas de resoluções de acordos judiciais no país.

REFERÊNCIAS

- ABREU**, Rafael Sirangelo de. Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- ANDRADE**, Agenor Cássio nascimento Correia de; **PEREIRA**, Bernardo Augusto da Costa; **GÓES**, Gisele dos Santos Fernandes. A utilização dos nudges nas sessões de mediação como instrumento da política nacional de tratamento adequado dos conflitos. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 16. v. 23, n. 2. p. 1-27. 2022. p. 7.
- BRASIL**. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2022: ano base 2021. Brasília: CNJ, 2022. p. 107. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em 20/11/2022.
- COASE**, Ronald H. The Problem of Social Costs. *Journal of Law & Economics*, v. 3, p.2.
- DIDIER JR.**, Fredie. Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FORNI**, João Paulo. **SANTOS**, Pedro Felipe de Oliveira. **TOMAZETTE**, Marlon. As contribuições da economia comportamental para o aperfeiçoamento da mediação e da conciliação. *Brasília: Economic Analysis of Law Review*, v. 11, nº 1, p. 113-130. 2020. p. 120.
- FUX**, Luiz; **BODART**, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019
- GICO JUNIOR**, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020
- GOULART**, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.
- KAHNEMAN**, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 69-72.
- MELMAN**, Ana Carolina. *Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, Victor Rodrigues. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil: influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório. 2020.

SALLES, Carlos Alberto de; **LORENCINI**, Marco Antônio Garcia Lopes; **SILVA**, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THALER, Richard. H. Misbehaving: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger, Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019. p. 307-308.

THALER, Richard; **SUNSTEIN**, Cass. Nudge: o empurrão para a escolha certa. São. Paulo: Campus, 2009. p. 5

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 6ª Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2019.

VARIAN, Hal. R. Microeconomia: uma abordagem moderna. Tradução de Regina Célia Simille de Macedo. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 108.

VIEIRA, Mariana. Mediação e Conciliação como forma de compor Litígios no novo código de processo civil. Niterói. 2017.

WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual. São Paulo: RT, 2013, p. 244-245.

WEYNE, Denise Lage Bezerra. A aplicação dos nudges na preservação do livre arbítrio em audiências judiciais de conciliação e mediação. Belém: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 5, n. 2, p. 104-118. 2019. p. 109.

WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 202