ALEX ALCKMIN DE ABREU MONTENEGRO ZAMBONI

INCENTIVOS COMPORTAMENTAIS AO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS:

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO DO ARTIGO 334 DO CPC COMO MECANISMO DE FORMAÇÃO DO CONSENSO ENTRE AS PARTES

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Carlos Alberto de Salles

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

ALEX ALCKMIN DE ABREU MONTENEGRO ZAMBONI

INCENTIVOS COMPORTAMENTAIS AO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS:

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO DO ARTIGO 334 DO CPC COMO MECANISMO DE FORMAÇÃO DO CONSENSO ENTRE AS PARTES

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Prof. Associado Dr. Carlos Alberto de Salles.
Versão corrigida em 01 de fevereiro de 2021. Versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Zamboni, Alex Alckmin de Abreu Montenegro
Incentivos Comportamentais ao Tratamento Adequado dos Conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes; Alex Alckmin de Abreu Montenegro Zamboni; orientador Carlos Alberto de Salles – Versão corrigida - São Paulo, 2021.
157 f.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito processual. 2. Solução de conflitos. 3. Mediação e Conciliação. 4. Psicologia Comportamental. 5. Economia Comportamental. I. Salles, Carlos Alberto de, orient. II. Título.

– Bichano de Cheshire [...] – você poderia me dizer, por favor, por qual caminho devo seguir para sair daqui?

– Isso depende muito de onde deseja chegar – o Gato respondeu.

– Eu não ligo muito para onde... – falou Alice.

– Então não importa para que lado caminhe – o Gato interpôs.

– ... desde que eu chegue a algum lugar – Alice acrescentou como uma explicação.

– Ah, com certeza fará isso – o Gato disse –, se você andar por tempo suficiente.

(Lewis CARROLL, *Alice no País das Maravilhas.* Trad. bras. Sarah Bento Pereira. São Paulo: Pandorga, 2019, p. 70).

AGRADECIMENTOS

Concluir este ciclo é um momento muito especial e, como não poderia deixar de ser, é momento de agradecimento. Há mais de 13 anos eu iniciava meus estudos na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, e agora, depois da graduação e do mestrado, concluo meu doutorado nas Arcadas.

Tenho muito que agradecer, e a muitas pessoas. Primeiramente, ao meu orientador, professor associado Carlos Alberto de Salles, pela oportunidade que me foi concedida. Meu percurso pelos estudos do direito processual e, em especial, dos meios consensuais de solução de conflitos não teria sido o mesmo, sem as várias turmas da disciplina “Mediação e Conciliação Judiciais e Extrajudiciais” de que eu pude ser monitor, desde 2012. Ter enveredado pelos estudos da economia comportamental também decorreu de algumas conversas que tivemos, logo no início do doutorado, quando o professor Salles me sugeriu a leitura do livro de Daniel Kahneman, tão citado ao longo desta tese.

Essencial para o meu aprendizado sobre o campo dos meios consensuais de solução de conflitos foi o NEMESC – Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos. Coordenado pelo professor Carlos Alberto de Salles, a cada ano uma nova turma de alunos de graduação e de monitores de gradução traz novos questionamentos e novas indagações, que nos levam, nós pós-graduandos que lá estamos, a novas ideias e reflexões. A equipe é reforçada pelo apoio dedicado de vários entusiastas dos meios consensuais de solução de conflitos, com os quais tive a felicidade de conviver: Fernanda Tartuce, Erica Barbosa e Silva, Marco Lorencini, Ana Marcato, Paola Camargo Lima, Paulo Ostia, Amanda Federico e tantos outros.

Muitos dos Nemesquianos são também Sallesianos, nossa família de orientados e orientadas do professor Salles. Toda essa experiência não teria tido a mesma felicidade e leveza sem a convivência com cada um de vocês. Dos que já

concluíram o mesmo processo que agora finalizo, quanto dos que ainda estão nele e daqueles que o iniciaram recentemente. Agradeço pela convivência com cada um de vocês, pela troca de ideias e de alegrias: Aline Lemos Reis, Amanda Guimarães, Bruna Braga da Silveira, Bruno Megna, Bruno Takahashi, Cecilia Asperti, Cesar Carnaúba, José Zakia, Julio Cesar de Oliveira, Marcel Hofling, Marcela Rama, Marília Golfieri, Pedro Perri e Rafael Bertão.

O processo de aprendizado não teria sido completo, em especial para o desafio a que me lancei, de me valer de bases teóricas de outras áreas do conhecimento (Psicologia e Economia), sem a experiência que tive no Instituto de Psicologia, na disciplina “Julgamento, Decisão e Escolha”. Agradeço aos professores Marcelo Frota Lobato Benvenuti, José de Oliveira Siqueira e Altay Alves Lino de Souza, cujos conhecimentos transmitidos nas aulas foram essenciais para meu aprofundamento, ainda bastante raso, nestas áreas do estudo do comportamento humano. A troca de ideias sobre alguns tópicos bastante rudimentares desta tese, em meados de 2018, foi muito importante para solidificar algumas das premissas e do que eu intuía sobre o trabalho a ser feito.

Durante a graduação e a pós-graduação também tive a honra de ter sido recorrentemente eleito pelos meus colegas para os representar perante os órgãos administrativos da Faculdade de Direito da USP, como Representante Discente (RD). Como RD, convivi com muitos professores e professoras, acompanhei de perto o trabalho dos servidores e servidoras técnico-administrativos, e importunei a todos com muitas das demandas discentes. Espero que não tenha sido só preocupações e reclamações, porque com certeza de minha parte a convivência e o aprendizado foram inestimáveis. Agradeço em especial aos professores Fernando Facury Scaff e Ana Elisa Bechara, e aos servidores técnico-adminstrativos Mario Sergio e Camila, com os quais convivi mais recentemente e, tendo em vista as circunstâncias peculiares da pandemia deste ano, mais frequentemente, por terem sido sempre tão disponíveis e acessíveis, para ouvirem as demandas levadas pela RD e tentarem resolver os problemas. Agradeço também a Marco Antonio Moraes Alberto, colega RD na Comissão de Pós-Graduação (CPG) nos últimos dois anos, em nome de quem agradeço a todos os demais RDs com quem convivi em mais de 8 anos nesta função.

Aos colegas do trabalho, Tatiana Monticeli, Gabriela Kazue, Guilherme Gomes da Silva, Lucas Maprelian e Gustavo Geraldo dos Reis, devo me penitenciar pelos possíveis problemas que possa ter causado. Adaptações ao *home office* das medidas de isolamento social cumuladas com a reta final do doutorado não me tornaram o colega mais presente e produtivo que eu poderia ser. Agradeço pela compreensão e, agora, pelo novo momento que poderemos vivenciar.

Aos meus amigos, agradeço de coração pela amizade, das mais antigas, do tempo de graduação, às mais recentes, já na pós-graduação. Aos amigos do "Almoço Normal", pelos momentos de descontração nas refeições compartilhadas no restaurante do Tribunal de Justiça. Aos amigos da RD, da Graduação e da Pós, por ter achado meu caminho e minha vocação acadêmica, por terem me acompanhado neste processo e compartilhado muitos sonhos.

Em especial, agradeço a Alberto Barbosa Junior, André Fontanetti, Fabiana Pinho, Guilherme Klafke, e Vivian Rocha, com os quais pude conversar em alguns momentos durante o percurso deste doutorado e não só debater as ideias da tese, mas também expor as angústias do processo. O apoio e a amizade foram essenciais para a conclusão a contento desta tese.

Por fim, mas não menos importante, meu muito obrigado de sempre e por toda a vida à minha família. Aos meus pais, Eurico e Maria Claudia, pelo exemplo, pelo amor e por me fazer quem eu sou. Ao meu irmão André, pelo companheirismo e pelo amor fraterno que supera as barreiras de tempo e espaço. Aos meus avós, tios, tias, primos e primas, Alckmins e Zambonis, muito obrigado por tudo – e minha penitência por não ter estado presente nos últimos meses, distância causada pela tese e pelas circunstâncias do presente, que espero resolver muito em breve.

À Ana Beatriz Prudente, amor da minha vida, obrigado por entender minhas limitações, me amar e respeitar independentemente disso, e por estar comigo, hoje e sempre.

RESUMO

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos Comportamentais ao Tratamento Adequado dos Conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes.* 2020. 181 p. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Um dos objetivos principais do atual Código de Processo Civil é buscar incentivar o uso de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais. Para isso, seu artigo 334 implementa uma audência preliminar de mediação, que, em princípio, obriga todos os casos a serem submetidos à tentativa de solução consensual do conflito, logo antes da contestação. O legislador, como arquiteto de escolhas, pretendeu que a imensa maioria dos conflitos, submetidos ao Judiciário, passassem pela tentativa prévia de solução consensual. Apesar disso, os dados estatísticos não demonstram que tenha havido substancial aumento nem do número de audiência de conciliação realizadas, nem do índice total de acordos no processo. Este trabalho procura enfrentar as questões por trás do pouco impacto dos estímulos legais para a solução consensual de conflitos. Desafiando algumas das críticas à obrigatoriedade da audiência de mediação, parte-se de aportes da psicologia e da economia comportamentais, para defender não só a obrigatoriedade da audiência preliminar de mediação, mas para sugerir novos estímulos às partes e aos sujeitos processuais, a fim de que se comportem segundo os objetivos propostos pelo legislador, ou seja, para que a tentativa de solução consensual seja regra no sistema processual.

Palavras-chave: direito processual, solução consensual de conflitos, mediação, psicologia comportamental, economia comportamental, arquitetura de escolhas, *nudge*, análise econômica do direito.

ABSTRACT

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Behavioral Incentives to Appropriate Dispute Resolution: the mediation session of article 334 of CPC as a mechanism for creating litigants' agreement.* 2020. 181 p. PhD Thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

One of the main objectives of the current brazilian Rules of Civil Procedure is to encourage the use of other conflict resolution mechanisms, especially consensual ones. To this end, Article 334 implements a preliminary mediation hearing, which, in principle, obliges all cases to be submitted to an attempt to reach a consensual solution to the conflict, just before the defendant files an answer. The legislator, as an architect of choices, intended that the vast majority of causes submitted to the Judiciary should go through the previous attempt at a consensual solution. Despite this, the statistical data does not show that there has been a substantial increase in neither the number of conciliation hearings carried out nor the total number of agreements in the litigation process. This thesis seeks to address the issues behind the little impact of legal incentives for the consensual solution of conflicts. Challenging some of the criticisms of the mandatory mediation hearing, it starts with contributions from behavioral psychology and economics, to defend not only the mandatory preliminary mediation hearing, but to suggest new stimuli to parties and procedural subjects, so that they behave according to the objectives proposed by the legislator, that is, so that the attempt at a consensual solution is the rule in the procedural system.

Key-words: procedural law, ADR, settlement, mediation, behavioral psychology, behavioral economics, architecture of choice, nudge, law and economics.

ZUSAMMENFASSUNG

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Verhaltensanreize zu der besten Konfliktlösung: die Mediationssitzung der Artikel 334 CPC als ein konsensbildender Mechanismus unter den Prozessparteien.* 2020. 181 Seiten. Doktoratsdissertation – Juristische Fakultät, São Paulo Universität, São Paulo, 2020.

Eines der Hauptziele der aktuellen brazilianischen Zivilprozessordnung besteht darin, den Einsatz anderer Konfliktlösungsmechanismen zu fördern, insbesondere solcher, die einvernehmlich sind. Zu diesem Zweck führt Artikel 334 eine vorläufige Mediationsanhörung durch, die grundsätzlich alle Fälle dazu verpflichtet, unmittelbar vor dem Streit zu versuchen, eine einvernehmliche Lösung des Konflikts zu finden. Der Gesetzgeber als Wahlarchitekt beabsichtigte, dass die der Justiz vorlegende Konflikte den vorherigen Versuch einer einvernehmlichen Lösung durchlaufen sollten. Trotzdem zeigen die statistischen Daten nicht da, dass weder die Anzahl der durchgeführten Mediationsanhörungen noch die Gesamtzahl der Vereinbarungen im Prozess erheblich zugenommen hat. Diese Dissertation versucht, die Probleme zu lösen, die hinter den geringen Auswirkungen rechtlicher Anreize für die einvernehmliche Konfliktlösung stehen. Um einige der Kritikpunkte der obligatorischen Mediationsanhörung in Frage zu stellen, beginnt sie mit Beiträgen aus der Verhaltenspsychologie und -ökonomie, um nicht nur die obligatorische vorläufige Mediationsanhörung zu verteidigen, sondern auch neue Impulse Parteien und Verfahrenssubjekten zu geben, um dass sie sich gemäß den vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Zielen verhalten, das heißt, dass der Versuch einer einvernehmlichen Lösung die Regel in der Zivilprozessordnung ist.

Schlüsselwörter: Zivilprozessrecht, einvernehmliche Konfliktlösung, Mediation, Verhaltenspsychologie, Verhaltensökonomie, Walharchitektur, *Nudge*, Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 21

1. OBRIGATORIEDADE DO MECANISMO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL 28

1.1. PRINCÍPIO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO: VOLUNTARIEDADE 28

1.2. PRÓ E CONTRA O ACORDO: UMA METAHISTÓRIA DO SISTEMA ADVERSARIAL 31

1.3. O (NÃO) OXÍMORO DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA 35

1.4. DECISÕES DE SEGUNDA ORDEM 38

1.5. ARQUITETURA DE ESCOLHA 44

2. COMPORTAMENTO: A PSICOLOGIA DA DECISÃO E DA ESCOLHA 49

2.1. ANÁLISE DO COMPORTAMENTO: PSICOLOGIA COGNITIVA X PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL 50

2.2. PENSAMENTO RÁPIDO E PENSAMENTO LENTO 55

2.2.1. SISTEMA 1 E SISTEMA 2 ..... *57*
2.2.2. Heurísticas e Vieses *60*
2.2.3. Moralidade rápida e devagar: pragmatismo profundo *73*

2.3. ESCOLHAS DIFÍCEIS 80

3. A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC ENTRE O COMPORTAMENTO DA PARTE E A ESCOLHA DO MÉTODO 83

3.1. A AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC: INCENTIVOS E LIMITAÇÕES 83

3.2. TEORIA DA ESCOLHA NA INCERTEZA 86

3.3. ESTÍMULOS COMPORTAMENTAIS PARA A TENTATIVA DE ACORDO 96

3.3.1. Análise Econômica e Comportamental do Direito (Behavioral Law and Economics) 96
3.3.2. Viés do autointeresse 98
3.3.3. Concepções de justeza 101
3.3.4. Vieses do tempo 105

3.4. A ESCOLHA PELO CONSENSO 109

3.4.1. Partes e advogados 112
3.4.2. Litigância repetitiva 115
3.4.3. Juízes 117

CONCLUSÕES 120

BIBLIOGRAFIA 126

INTRODUÇÃO

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa. E acesso à ordem jurídica justa não pode ser resumido em mero acesso ao tradicional método adjudicatório de solução de conflitos pelo Estado-juiz. [1]

O incentivo aos mecanismos consensuais, no sistema processual brasileiro, já é política judiciária há certo tempo. Apesar de remontar aos inícios dos anos 2000,[2] a valorização dos mecanismos consensuais como política do Poder Judiciário foi nacionalizada pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010.

Essa mesma política culminou um novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e em vigor desde 18 de março de 2016, com novas técnicas processuais em substituição a algumas antigas, uma maior flexibilização procedimental, valorização de precedentes e da autonomia das partes.

No mesmo contexto, foi promulgada em 26 de junho de 2015, em vigor desde 26 de dezembro do mesmo ano, a Lei 13.140, chamada de Lei de Mediação, que

---

[1] "Os jurisdicionados têm, hoje, o **direito** ao oferecimento pelo Estado de todos os métodos adequados à solução de suas controvérsias, e não apenas do tradicional método adjudicatório. A esse direito corresponde a **obrigação** do Estado de organizar e oferecer todos esses serviços, inclusive os chamados métodos alternativos de solução amigável de conflitos." Kazuo WATANABE, "Depoimento: Atualização do Conceito de Acesso à Justiça como Acesso à Ordem Jurídica Justa". *In*: Kazuo WATANABE. *Acesso à Ordem Jurídica Justa:* conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 110.

[2] A exemplo dos Provimentos CSM n. 796/2003 (Setor Experimental de Conciliação no Fórum João Mendes Junior, da Capital de São Paulo), n. 864/2004 (Setor Experimental de Conciliação de Família no Foro Regional de Santo Amaro, da Capital de São Paulo), n. 893/2004 (Setor de Conciliação ou Mediação nas Comarcas e Foros da Capital e do Interior do Estado), 953/2005 (Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros da Capital e do Interior do Estado, modificando o provimento anterior) e 843/2004 (Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça), todos do Tribunal de Justiça de São Paulo.

detalha o procedimento de mediação, judicial e extrajudicial, e a conduta do terceiro neutro responsável pelo método, o mediador, bem como das partes mediadas.

Trata-se, nas palavras de Ada Pellegrini, “de um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos”.[3]

O Poder Judiciário objetivava, com isso, reduzir a excessiva judicialização dos conflitos, visando desafogar a Justiça dos processos, bem como iniciar uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito e dos cidadãos, mudança da “cultura da sentença” à “cultura da pacificação”.[4]

Dados estatísticos, porém, revelam outro cenário. Apesar do constante aumento do número de novos casos e do estoque total de casos,[5] pontos centrais que deveriam ser enfrentados pela Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos, segundo parte considerável de seus defensores,[6] houve poucas mudanças na série histórica dos índices de Conciliação na Justiça: em 2015, ano anterior à vigência do atual Código de Processo Civil, o índice total de conciliações, comparativamente ao total de sentenças proferidas, era de 11,1%; em 2018, já com três anos de vigência do CPC, foi de 11,5%.[7]

O comparativo de número de audiências realizadas também demonstra pouca mudança de cenário: por exemplo, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que incluem os dados da Semana de Conciliação,[8] em 2015 foram realizadas 13.241 audiências processuais em primeiro grau, com 34,35% de

---

[3] Ada Pellegrini GRINOVER, "Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC". *In:* Vários Autores. *O Novo Código de Processo Civil:* Questões Controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 1-2.

[4] Kazuo WATANABE, *ob. cit*., p. 113.

[5] Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019, ps. 80-81. Os casos pendentes de julgamento têm permanecido constantemente acima dos 70 milhões desde 2013.

[6] Trata-se da origem das campanhas da Semana Nacional de Conciliação, cuja primeira edição ocorreu em 2007. Nesse sentido, Débora PINHO, “O dia em que o CNJ optou por uma boa conversa”. *Revista Consultor Jurídico,* 17 de setembro de 2009. Disponível em https://www.conjur.com.br/2009-set-17/imagens-historia-ano-cnj-criou-dia-conciliacao, acesso em 09/08/2020.

[7] CNJ, *ob. cit.*, p. 142.

[8] Tribunal de Justiça do Estado de SÃO PAULO. *Estatísticas da Conciliação.* Disponíveis em http://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/Estatistica

grau de acordo; em 2019, foram realizadas 13.041 audiências, com 35,57% de grau de acordo.[9]

Por que o impacto legislativo foi tão reduzido?[10] O que explica a pouca mudança de resultados, de cultura e de comportamento[11] quanto à solução consensual de conflitos?

Esta tese parte dessas perguntas, para enfrentar a questão envolvendo a obrigatoriedade (ou não) da audiência preliminar de mediação; conciliação do artigo 334 do Código de Processo Civil. Trata-se de pensar a questão sob a ótica de uma "engenharia" do processo, isto é, como sua conformação, dada pela disciplina legal, pode ser mais estruturada para atingir os resultados desejados.[12] Seria a escolha da obrigatoriedade dessa audiência preliminar de mediação/conciliação o melhor incentivo para que as partes escolham pela solução consensual em lugar da solução adjudicada?

---

[9] Em 2019, a estatística separa as audiências processuais de primeiro grau de jurisdição dentre as gerais e aquelas realizadas com base no artigo 334 do Código de Processo Civil. Os valores acima expostos correspondem à soma dos dois tipos, e o percentual de acordo é calculado com base no valor englobado das duas categorias.

[10] Valemos-nos aqui do conceito de Lawrence Friedman: "Impact [...] is about the effect of law (in the broadest sense) on human behavior". (Lawrence FRIEDMAN. *Impact:* how law affects behavior. Cambridge, Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016, p. 250.

[11] "By 'culture' I mean the large body of practices, techniques, heuristics, tools, motivations, values, and beliefs that we all acquire while growing up, mostly by learning from other people". (Joseph HENRICH, *The Secret of our Success:* How culture is driving human evolution, domesticating our species and making us smarter. Princeton: Princeton University Press, 2016, p. 3). O autor analisa a evolução da espécie humana, através da confluência de fatores genéticos com os fatores culturais. Para ele, "The secret of our species' success resides not in the power of our individual minds, but in the *collective brains* of our communities. Our collective brains arise from the synthesis of our cultural and social natures - from the fact that we readily learn from others (are *cultural*) and can, with the right norms, live in large and widely interconnected groups (are *social*)". É esse conjunto de elementos das naturezas cultural e social da humanidade que justifica o ponto de partida desta tese, pelos comportamentos das pessoas, do impacto que as normas jurídicas possuem sobre tais comportamentos. Cultura, nesse sentido, é um conjunto amplo de valores, motivações, heurísticas, aprendidos da observância do comportamento de outros sujeitos. Se a norma jurídica influencia na mudança de comportamento, pode haver mudança cultural.

[12] Nesse sentido, a proposta deste trabalho filia-se à chamada *instrumentalidade metodológica*, a qual "poderá, evidentemente, gerar subsídios para moldar procedimentos consensuais para a resolução de litígios. Nesse campo, há de se esperar do processualista, mais do que a simples aplicação de normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender às necessidades de situações de grande especificidade" SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23-24.

O pouco aumento de número de audiências realizadas e de grau de acordo após a vigência do atual CPC, conforme as estatítiscas acima referidas, choca-se com a verificação de que, ao vivenciarem audiências de mediação/conciliação, a percepção dos sujeitos envolvidos é bastante positiva.

Advogados entrevistados por conjunto de pesquisadores da Universidade de São Paulo em sua maioria informaram que o cliente demonstra interesse em participar de mediação/conciliação (61,6% de respostas positivas) e que há mais vantagens que desvantagens em fazer uma conciliação (84,8% de respostas positivas).[13]

Apesar de a pesquisa ter envolvido apenas as percepções dos advogados (além de juízes, conciliadores e mediadores, mas cujas perguntas não envolviam a experiência das partes), os resultados permitem vislumbrar que há interesse das partes em participarem das audiências de mediação/conciliação. Se realmente há tal interesse, e as audiências devem ser obrigatoriamente marcadas, conforme a regra do artigo 334 do CPC, o que explica que não haja tantas audiências sendo feitas – ou quanto esperado, considerando o volume de casos novos anuais na Justiça?

Em primeiro lugar, pode-se pensar que, como a audiência do artigo 334 do CPC é prevista para a fase de conhecimento, parte da resposta esteja nos processos em fase de execução. O relatório Justiça em Números realmente demonstra que a maioria dos casos pendentes, na série histórica, é realmente de execuções, num total de 42,6 milhões, em 2018 (com constantes aumentos ao longo dos anos), comparados aos 29,6 milhões de casos pendentes em fase de conhecimento (cuja série histórica vem demonstrando reduções sucessivas após o pico de 32,6 milhões em 2016).[14] As reduções constantes dos casos de

---

[13] Relatório Analítico Propositivo "Justiça Pesquisa". *Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019, ps. 154-155. Vefirica-se, porém, que há relativo equilíbrio entre as respostas positivas (54,3%) e negativas (42,5%) acerca da obrigatoriedade de realização da audiência de conciliação/mediação. O fato de ter sido realizado apenas com advogados pode explicar esse resultado – e será objeto da discussão do capítulo 4 deste trabalho.

[14] CNJ, *ob. cit.*, p. 127.

conhecimento pendentes de julgamento, ocorridas a partir do ano de vigência do atual CPC, seriam indícios dessa suposição.[15]

Todavia, os casos novos de conhecimento representam, anualmente, pelo menos duas vezes o número de casos novos de execução (14,6 milhões vs. 7,6 milhões em 2018, respectivamente).[16] É pelos casos novos que se deve avaliar a aplicação do artigo 334 do CPC, já que casos pendentes consideram todas as fases do processo de conhecimento, o que, presume-se, em sua maioria é de processos além da audiência preliminar daquele artigo, prevista para o início do processo.

Outra possível resposta pode estar na postura dos juízes, o que representa um dos aspectos da cultura da sentença.[17] Isso contrasta com as respostas dos advogados entrevistados na pesquisa da USP, já que 55,9% afirmaram que concordam com a afirmação de que "os juízes têm marcado audiência de conciliação em todos os casos".[18]

---

[15] Já que mais audiências feitas implicam em mais julgamentos homologatórios de acordos e, portanto, mais casos baixados.

[16] *Idem*, *ibidem*.

[17] "Há mesmo [...] *um certo preconceito* contra esses meios alternativos, por sentirem, alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses.

E há, ainda, a *falsa percepção* de que a *função de conciliar é atividade menos nobre*, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em *pacificar com justiça os conflitantes*, alcançando por via de consequência a solução do conflito.

Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu *merecimento será aferido pelo seus superiores*, *os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas,* não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias [...].

Disso tudo nasceu a chamada *cultura da sentença*, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes..." (Kazuo WATANABE, "Cultura da sentença e cultura da pacificação". *In:* Kazuo WATANABE. *Acesso à Ordem Jurídica Justa:* conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 68.

[18] Relatório Analítico Propositivo "Justiça Pesquisa". *Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019, ps. 154-155. Apesar da necessidade de se ter cuidado com essas generalizações, já que 42,9% responderam com concordância parcial, o que fatalmente reduz a totalidade de casos com audiências marcadas, não se pode ignorar esses dados. Ademais, a pergunta apenas indiretamente apura o percentual de audiências marcada pelos juízes, por se basear na percepção dos advogados, e não nos efetivos dados estatísticos.

De todos esses elementos, podemos adiantar a hipótese central do trabalho: o impacto da lei, do artigo 334 do CPC, no comportamento das partes, decorre de incentivos insuficientes para que as partes se comportem no sentido pretendido pelo legislador – ou seja, de as audiências de conciliação/mediação serem realizadas com a maior efetividade possível, abrindo para as partes reais possibilidades de, por meio da comunicação, instaurada ou restabelecida entre elas, chegarem a uma solução consensual.

A análise desses incentivos, das possíveis causas de suas falhas e das possíveis saídas para esse entrave, para que os resultados pretendidos pelo legislador sejam realmente atingidos, toma como base teórica algumas abordagens contemporâneas do comportamento humano, feitas, sobretudo, no campo da análise econômica, da psicologia e do cruzamento dessas duas áreas.

A proposta aqui formulada, de partir dessas teorias comportamentais, possui relevância para todos os sujeitos interessados e envolvidos na dinâmica do processo. Acreditamos que os estudos comportamentais permitem um novo olhar sobre a estrutra do processo, sobre as limitações e os desafios para serem atingidos os objetivos realmente almejados pelo legislador, que as partes cheguem a um acordo por meio de uma legítima interação comunicativa e com plena consciência acerca da matéria acordada.

Dizemos que há relevância para todos os sujeitos interessados na dinâmica do processo, porque as ideias e soluções trazidas por este trabalho se voltam ao legislador, que pode modificar as normas legais aqui estudadas; aos sujeitos processuais, como advogados e juízes, que podem adaptar cada processo às características das partes e aos obstáculos comportamentais identificados; e às próprias partes, na adequada identificação do conflito e suas características.

Propõe-se o entendimento de que a obrigatoriedade da audiência preliminar de mediação/conciliação, na forma prevista no artigo 334 do CPC, não é uma escolha inadequada, para incentivar a maior realização de tentativas de soluções consensuais para os litígios judiciais. Contudo, destaca-se que, para que melhor

alcancem seus objetivos, dependem dos incentivos comportamentais adequados, não plenamente fixados pelo legislador.[19]

Ademais, deve-se ter cuidado, para que a obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação/mediação não seja vista como obrigatoriedade de se chegar a um acordo, obrigatoriedade de se evitar a sentença.

Com base nesses pressupostos, este trabalho divide-se em três capítulos.

Primeiramente, examinam-se as posições favoráveis e as posições contrárias aos incentivos para a solução consensual, com especial enfoque na distinção entre obrigatoriedade da tentativa de acordo e obrigatoriedade do acordo.

Em seguida, no capítulo 2, busca-se apresentar algumas das teorias psicológicas de análise do comportamento, suas influências sobre a teoria da tomada de decisão, a incorporação dessas teorias pela economia comportamental e os reflexos que isso pode ter na análise do direito.

Por fim, no último capítulo, sustenta-se defende-se que a obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC não deve, simplesmente, ser descartada, afirmando-se que ela pode servir como uma boa política pública para incentivar a mudança de comportamento das partes em conflito no processo, sendo necessário, para tanto, a tomada de algumas precauções e a modificação de incentivos que atuam paralelamente a essa obrigatoriedade.

---

[19] Em sentido semelhante: "[...] o comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes pode impactar positivamente o cenário de *tragédia da Justiça* descrito nos capítulos iniciais.

Aceita essa premissa, o outro lado da moeda aponta que a ausência atual de comportamento cooperativo é uma importante causa (ainda que não a única) do cenário de tragédia já descrito". (Erik Navarro WOLKART. *Análise Econômica do Processo Civil:* como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 438).

1. OBRIGATORIEDADE DO MECANISMO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL

1.1. PRINCÍPIO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO: VOLUNTARIEDADE

A mediação e a conciliação se caracterizam como meios de solução consensual de conflitos, em que um terceiro neutro, intermediário entre as partes, responsável por facilitar a comunicação entre os litigantes e os auxiliar na resolução do conflito.

Tratam-se de métodos direcionados a facilitar a comunicação entre os litigantes, para que eles próprios possam aprimorar o relacionamento mútuo e, disso, alcançarem uma solução pacífica do conflito.[20]

Para o Código de Processo Civil, há distinções entre os dois mecanismos, dependente do grau de intervenção do terceiro neutro, na forma dos §§2º e 3º do artigo 165:

> O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio,

[20] "Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. A mediação é um meio consensual que envolve a cooperação voluntária dos participantes. É essencial que eles demonstrem disposição e boa-fé para que possam se comunicar e buscar soluções conjuntamente" (Daniela Monteiro GABBAY, Diego FALECK, e Fernanda TARTUCE. *Meios alternativos de solução de conflitos.* Coleção FGV de bolso. Série Direito & Sociedade n. 34. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, ps. 45-46).

> sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> 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 comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.[21]

Para este trabalho, a importância não está na distinção ou não entre mediação e conciliação, mas na relação de ambas com o processo jurisdicional padrão, de cunho adjudicatório.

Isso porque à natureza consensual da solução de conflitos pela mediação e pela conciliação vincula-se um de seus princípios mais básicos: a voluntariedade.[22]

As partes na mediação e na conciliação devem ser valorizadas por sua autonomia de vontade,[23] o que seria contraditório com parte das características do meio adjudicatório de solução de conflitos.

Aponta-se recorrentemente que se deve evitar a imposição da solução consensual às partes, por meio de ameaças, em especial por parte do juiz, ou por

---

[21] Em sentido semelhante, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 13.140/2015: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia."

[22] Artigo 2º, inciso V, da Lei n. 13.140/2015.

[23] "Entre os elementos essenciais da mediação de conflitos, a autonomia das vontades possui um protagonismo muito relevante, senão o mais, pois o caráter voluntário da mediação constitui-se a grande mola propulsora da atividade. Este elemento garante o poder das pessoas em optar pelo processo ao conhecê-lo. Em outras palavras, só existirá o processo se as pessoas efetivamente quiserem dele fazer parte e, para tanto, é fundamental que conheçam seus objetivos, seu dinamismo, bem como seu alcance e limitações. [...] Com base nas observações expostas, conclui-se que a mediação de conflitos não possui qualquer caráter ou elemento impositivo. Ela existirá caso as pessoas efetivamente desejem que ela exista, tomará o rumo que elas determinarem e ao mesmo tempo incluirá temas por elas identificados e que estejam dentro de seus interesses discuti-los. A mediação é fruto do consenso entre as pessoas em a utilizarem e também com relação às questões que irão debater ao longo do processo. Por isso, não há como impor a mediação, suas regras e muitos menos as questões a serem discutidas – muito pelo contrário, o método se propõe a propiciar um ambiente de cooperação, o qual sem ele não há como ser realizada." (Adolfo BRAGA NETO, "Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas". *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, mediação e arbitragem - curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 105).

destaque das possíveis desvantagens em se aguardar a solução adjudicatória, ao invés de solucionar o conflito por meio do acordo.

Tratar-se-ia, então, de uma pseudoautocomposição,[24] não verdadeiramente atendendo aos objetivos e aos princípios que dariam à mediação e à conciliação suas características próprias e, ao fim, maculando o próprio âmago desses mecanismos consensuais.[25]

Nesse contexto, discute-se a escolha legislativa do artigo 334 do Código de Processo Civil:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
> [...]
> § 4º A audiência não será realizada:
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
> II - quando não se admitir a autocomposição.

O agendamento e a realização da audiência do artigo 334 do CPC são realmente obrigatórios?[26] Em qualquer caso que se admitir solução consensual,[27] a audiência deve obrigatoriamente ser marcada? Sua dispensa depende da

---

[24] Fernanda TARTUCE, "Conciliação em Juízo: o que (não) é conciliar?". *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem* - curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, ps. 149-178.

[25] Dentre outros, GABBAY, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*, *ob. cit.*; Ana Cândida Menezes MARCATO, "A Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas". *In:* ZANETI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Tribunal Multiportas* – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018, ps. 128-140; e Humberto Dalla Bernardina PINHO. "A mediação judicial no novo CPC". *In:* RIBEIRO, Darci Guimarães, e JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, ps. 67-85.

[26] Debatendo as polêmicas envolvendo a opção pela obrigatoriedade, e as possíveis formas alternativas de se dispor sobre a obrigatoriedade no âmbito processual, Carlos Alberto de SALLES. "Nos Braços do Leviatã: os Caminhos da Consensualidade e o Judiciário Brasileiro". *In:* BARBUGIANI, Luís Henrique Sormani (org.). *Mediação e arbitragem no âmbito público e privado: perspectivas e limitações.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 87-109.

[27] Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. (Lei de Mediação, n. 13.140/2015).

manifestação contrária à sua realização por ambas as partes – ou todas, havendo litisconsórcio? Como conciliar a voluntariedade dos mecanismos com uma solução tão mandatória como essa – se a interpretação levar à resposta positiva às três perguntas acima?

É o que tentaremos responder no curso deste trabalho.

1.2. PRÓ E CONTRA O ACORDO: UMA METAHISTÓRIA DO SISTEMA ADVERSARIAL

As polêmicas envolvendo a obrigatoriedade ou não da tentativa de solução consensual, inseridas no sistema processual, remontam há quase 50 anos, dentro do *ADR Movement* nos EUA.

Partidários desse movimento defendiam que o sistema judicial era repleto de falhas, prejudicava as pessoas envolvidas, sem trazer justiça, esta drenada "por causa das demoras, dos custos e do estresse emocional inescapável num processo de litigância".[28]

Segundo Owen Fiss, esse movimento partia de uma visão equivocada sobre a natureza da adjudicação, sobre os objetivos do processo:

> Os defensores da ADR são levados a apoiar tais medidas e a exaltar a ideia do acordo com maior frequência, porque consideram a adjudicação um processo para solucionar controvérsias. Agem como se as cortes tivessem surgido para solucionar conflitos entre vizinhos que chegaram a

[28] "Even when an acceptable result is finally achieved in a civil case, that result is often drained of much of its value because of the time lapse, the expense, and the emotional stress inescapable in the litigation process". (Warren E. BURGER, "Isn't there a better Way?". *American Bar Association Journal*, vol. 68, march 1982, p. 274).

> um impasse e voltaram-se a um estranho para ajudá-los. As cortes são vistas como a institucionalização desse "estranho" e, a adjudicação, como o processo pelo qual o "estranho" exerce o poder. O próprio fato de os vizinhos procurarem alguém para solucionar a controvérsia significa um rompimento de suas relações sociais; os defensores da ADR reconhecem isso, mas, no entanto, esperam que os vizinhos sejam capazes de chegar a um entendimento antes da solução da controvérsia pelo estranho. Esse entendimento é o acordo. É mais uma trégua do que uma verdadeira conciliação, mas parece preferível ao julgamento, pois baseia-se no consentimento de ambas as partes e evita os custos de um moroso julgamento.[29]

As críticas de Fiss são a base de muitas das posições contrárias aos incentivos dos mecanismos consensuais no âmbito do Judiciário. Baseiam-se em sua visão do Judiciário como um meio de produção de decisões "para atribuir um significado concreto aos valores públicos".[30]

A contraposição é entre duas concepções distintas e específicas de Judiciário, como instituição: um meio de solucionar controvérsias *vs.* "um arranjo institucional que utiliza o poder do Estado para aproximar uma realidade recalcitrante dos nossos ideais".[31]

Fiss resume suas críticas ao modelo de judiciário focado no acordo em quatro pontos:

> [...] geralmente, o consentimento é obtido via coação; a transação pode ser realizada por alguém que não possui autoridade; a ausência de instrução processual e de julgamento cria um subsequente e problemático envolvimento do juiz; e embora os *dockets* sejam abreviados, a justiça pode não ter sido feita.[32]

---

[29] Owen FISS, *Direito como Razão Pública:* processo, jurisdição e sociedade. Coordenação da trad. bras. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2017, p. 134.

[30] *Idem*, p. 156.

[31] *Idem*, p. 149.

[32] *Idem*, p. 135.

E conclui que uma estratégia de separação dos casos em “duas direções” – casos para acordo e casos típicos de reforma estrutural, de aplicação dos valores públicos – esvaziaria em grande parte a defesa do *ADR Movement.*[33]

As críticas de Fiss são bastante contundentes, mas não parecem excluir a possibilidade de integrar os mecanismos consensuais – os meios para um resultado de acordo – no âmbito do processo jurisdicional.

Se o processo passa a ser visto partindo do conflito, o que fazer com os conflitos que não evoluem em suas etapas – *naming*, *blaiming*, *claiming*? Ou nada disso deveria ser objeto das preocupações dos juristas e processualistas? Não se deve encarar o processo como solução de conflitos, mesmo que a partir de valores públicos?

É nesse ponto que importa a forma da institucionalização da integração do mecanismo consensual no bojo de um processo jurisdicional judicial.

Os partidários da obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC justificam-na como aproximação dos meios consensuais ao jurisdicionado, para ele que tenha conhecimento da existência desses mecanismos, e aprenda na prática a utilidade e a importância deles.[34]

---

[33] “É impossível a criação de critérios adequados para a separação prospectiva dos casos. Os problemas do acordo não estão ligados ao objeto do processo judicial, mas, ao contrário, originam-se de fatores de difícil identificação, tais como a riqueza das partes, a provável história do pós-julgamento do processo judicial ou a necessidade de uma interpretação legítima do direito. Além disso, é difícil saber como esses problemas podem ser evitados. Muitos dos fatores, que levam uma sociedade a trazer relacionamentos sociais, que sob outras circunstâncias pareceriam totalmente privados (por exemplo, o casamento), para a jurisdição de uma corte, são também aptos a tornarem a prática do acordo mais complexa. É o caso dos desequilíbrios de poder ou do envolvimento de interesses de terceiros. O acordo é um substituto pobte para o julgamento; é um substituto ainda mais pobre para a retirada da jurisdição”. (*Idem*, ps. 148-149).

[34] “A justificativa seria a de aproximar os meios consensuais do jurisdicionado, que não seria forçado a firmar um acordo, mas sim a comparecer ao menos em uma sessão que serviria para lhe apresentar a essa possibilidade de solução de conflitos. Trata-se também, sem dúvida, de uma opção menos laboriosa do que a triagem proposta pela noção de Tribunal Multiportas, além de eliminar o ônus de estruturação de critérios e sistemáticas para o encaminhamento de casos a partir de suas características”. (Maria Cecília de Araújo ASPERTI, e Michel Roberto Oliveira de SOUZA, “Desmistificando a ‘Cultura do Acordo’: Os discursos de acesso à justiça e eficiência no atual cenário da mediação e da conciliação judiciais no Brasil”. *In:* FREITAS JR., Antonio Rodrigues de, e ALMEIDA, Guilherme Assis de (coords.); e SOUZA, Michel Roberto O. de (org.). *Mediação e o novo Código de Processo Civil.* Curitiba: Juruá, 2018, p. 42). Os autores criticam essa sugestão, por uma

Isso muda o debate de figura: o movimento pelo incentivo dos meios consensuais não seria um movimento pelo acordo em si, um meio de que mais acordos sejam feitos e o Judiciário seja esvaziado de sua sobrecarga. O *ADR Movement* seria um processo de educação das pessoas, de obrigá-las a perceber que nem todos os conflitos precisam ser resolvidos pelo Judiciário, que podem conhecer outras saídas. Não se trata de uma obrigação a fazer um acordo.

Isso nos leva a retomar a questão da incorporação desses mecanismos no ambiente do Judiciário, com suas características institucionais próprias – muitas delas de natureza bastante diversa, até contrária, à natureza consensual, como bem indicado pelas críticas de Fiss.[35]

Num bom resumo de Carrie Menkel-Meadow:

> Embora eu pense que é uma questão em aberto se programas de [mediação] obrigatória podem servir uma função educacional àqueles que estão totalmente ignorantes sobre esses novos processos, eu ainda acredito que uma certa consciência é necessária para atingir soluções de qualidade. Por isso, eu sou de certa forma cética em relação a algumas das formas que programas mandatórios forçam as pessoas a usarem outros processos de resolução de disputas, que podem ser sujeitos a distorções dentro da cultura adversarial em que eles são inseridos.[36]

---

série de motivos, dentre os quais os apresentados por Fiss. A referência é para um resumo dos pontos apresentados pelos defensores da obrigatoriedade.

No mesmo sentido, quanto à obrigatoriedade como incentivos para o conhecimento da existência dos meios consensuais: Valeria Ferioli Lagrasta LUCHIARI, *Mediação Judicial:* análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012; VASCONCELOS, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, *ob. cit.*; e João Luiz Lessa NETO, "O Novo CPC adotou o Modelo Multiportas!!! E agora?!", *ob. cit.*

[35] Nesse mesmo sentido: "An important question that must be confronted is whether forcing ADR to adapt to a legal culture or environment may be counterproductive to the transformations proponents of ADR would like to see in our disputing practices." (Carrie MENKEL-MEADOW, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A tale of innovation co-opted or the law of ADR". *Florida State University Law Review*, 19, n. 1, Summer 1991, p. 3).

[36] "While I think it is an open question whether mandatory programs can serve an educational function for those who are totally ignorant about these new processes, I still think that a certain consciousness is necessary for the achievement of quality solutions. Thus, I am somewhat skeptical of some of the ways in which mandatory programs force people to use other processes of dispute resolution that may be subject to distortion within the adversary culture in which they are placed." (*Idem*, p. 45, tradução livre).

Em outro escrito, a mesma autora trata de outros aspectos que também devem ser considerados neste debate, alguns dos quais de relevância para as conclusões finais deste trabalho: "[...] the

1.3. O (NÃO) OXÍMORO DA MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA

Com essas ideias em mente, é importante dar o devido destaque à distinção entre obrigatoriedade *para* o consenso e obrigatoriedade *no* consenso. Frank Sander apresenta com clareza essa diferença:

> A questão então se torna, "É a mediação obrigatória um oxímoro?" Penso que não, porque eu acredito que há uma clara distinção entre coerção para a mediação e coerção na mediação. Esta não é mediação; aquela, na minha visão, é semelhante a uma ação afirmativa: não é a solução ideal, mas é uma solução temporária para o problema criado pelo fato de que, quando as pessoas usam a mediação, elas estão muito satisfeitas com ela (e pesquisas empíricas comprovam essa conclusão); mas porque nosso sistema é tão orientado às cortes e à adjudicação, as pessoas não sabem sobre os benefícios da mediação e, então, não a usam o suficiente de forma voluntária. Logo, mediação obrigatória é um expediente temporário para fazer as pessoas experimentarem esse processo que seus usuários acham tão útil.[37]

---

question is not "for or against" settlement (since settlement has become the "norm" for our system), but *when, how, and under what circumstances* should cases be settled? When do our legal system, our citizenry, and the parties in particular disputes need formal legal adjudication, and when are their respective interests served by settlement, *whether public or private*?

[...] The difficulty with the debate about settlement vs. adjudication is that there are many more than two processes, as well as other variables that affect the processes, to consider. The diverse interests of the participants in the dispute, the legal system, and society may not be the same. Issues of fairness, legitimacy, economic efficiency, privacy, publicity, emotional catharsis or empathy, access, equity among disputants, and lawmaking may differ in importance for different actors in the system, and they may vary by case-this is the strength of our common law system." (Carrie MENKEL-MEADOW, "Whose Dispute Is It Anyway?: A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases). *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1995, ps. 2.664-2.666).

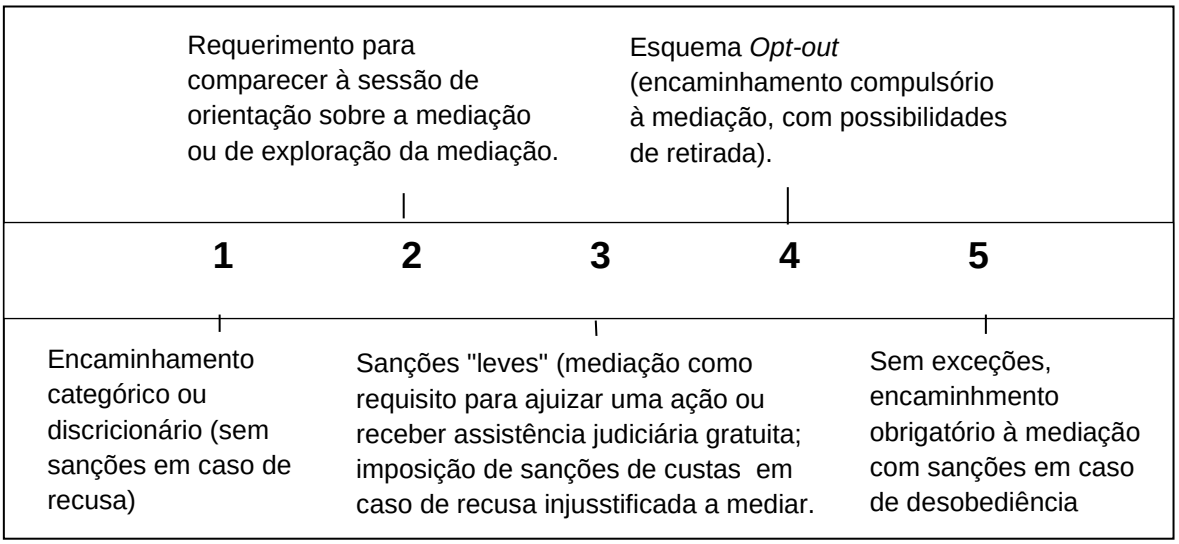
[37] "The question then becomes, 'Is mandatory mediation an oxymoron?' I think not, because I believe there is a clear distinction between coercion into mediation and coercion in mediation. The latter is not mediation; the former, in my view, is akin to affirmative action: It is not an ideal solution, but it is a temporary solution for the problem created by the fact that when people use mediation, they are very pleased with it (and the empirical research supports that conclusion) but because our system is

A obrigatoriedade muda de figura se distinguidos esses dois aspectos: uma coisa é ser obrigado a participar de uma tentativa de solução consensual; outra, ser coagido ao acordo.

Não se ignora que, num sistema integrado, em que a mediação e conciliação façam parte do processo judicial, a distinção seja difícil. Realmente, as características do processo judicial acabam por influenciar o comportamento das partes e dos sujeitos processuais, e as expectativas futuras, em especial quanto à postura do juiz, podem levar uma parte a escolher o acordo simplesmente por ter sido empurrada para a sessão de consensual.

Boa parte das críticas de Fiss tangenciam esses aspectos, bem como a posição de Menkel-Meadow. Tudo vai depender, porém, da maneira em que essa integração é realizada, dos incentivos e desincentivos institucionais para que as partes não se comportem como coagidas ao acordo, ao invés de simplesmente obrigadas a participarem de uma mediação ou conciliação.

Não há tipos estanques para essa incorporação institucional, existindo um *continuum* de obrigatoriedade da participação na audiência de tentativa de solução consensual, de casos de obrigatoriedade mais flexíveis em direção a maior rigidez.



Desenvolvido com base em Dorcas QUEK ANDERSON, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program”, p. 488.

---

so court- and adjudication-oriented, people do not know about the benefits of mediation and hence do not use it enough voluntarily So mandatory mediation is a temporary expedient to get people to experience this process that the users find so helpful.” (“Judicial (mis)use of ADR – A Debate”. *University of Toledo Law Review*, vol. 27, no. 4, Summer 1996, p. 886, tradução livre).

Para Dorcas Quek, a criação de um programa de mediação processual obrigatória é um trabalho delicado e desafiador. Precisa ser inequívoco na fixação da conceituação dessa obrigatoriedade – dentro do contínuo de tipos ideais acima referidos. E não pode ser excessivamente obrigatório, que afete a autonomia das partes durante o processo de mediação.

E segue recomendando: deve garantir esquemas de *opt-out* das partes, em casos de encaminhamentos obrigatórios para a mediação; esses critérios de *opt-out* não podem ser fixados em termos muito abertos ou vagos, para evitar a incerteza e a leniência como padrões; durante a mediação, outras medidas devem ser tomadas para reforçar a autonomia das partes; devem ser garantidos critérios de monitoramento da mediação; os *standards* de participação devem ser simples e específicos, para evitar incertezas e litígios desnecessários; e as sanções impostas não podem ser draconianas, num nível que descaracterizem a natureza informal e voluntária da mediação.[38]

Veja-se que parte das recomendações referem-se à audiência em si da mediação, para evitar que as partes sejam coagidas para o acordo; outras tratam do encaminhamento obrigatório para a mediação, para que esse encaminhamento não seja excessivamente rigoroso e prejudique tanto a justiça quanto os interesses das partes.

Aqui, o que importa é verificar que a inserção da tentativa de solução consensual como parte do processo judicial possui várias formas. Mesmo a sua não inserção é uma forma, um tipo não categórico de encaminhamento, que deixa às partes a escolha. Enfim, a discussão deve envolver a definição do responsável por fazer a escolha: a quem cabe escolher ir ou não à mediação? Às partes? Aos advogados delas? Aos juízes? Ao sistema processual como um todo, num programa integrado de mediação mandatória? É preciso resolver a questão da arquitetura dessa escolha.

---

[38] Dorcas QUEK ANDERSON, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program” *Cardozo Journal of Conflict Resolution,* vol. 11.2 (Spring 2010), Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2843509, p. 508.

1.4. DECISÕES DE SEGUNDA ORDEM

Essa questão pode ser mais bem entendida por uma distinção entre decisões de primeira e de segunda ordem. Escolher entre a mediação ou a adjudicação judicial, um acordo ou o resultado de um julgamento, é uma decisão de segunda ordem. Escolher o resultado do julgamento ou a extensão do acordo, uma decisão de primeira ordem.

A distinção parece irrelevante ou mesmo inexistente, por isso maiores explicações são necessárias.

Uma decisão judicial adjudicatória é feita por um juiz (ou um árbitro), que vai considerar os pedidos formulados, a defesa apresentada, analisar as provas produzidas nos autos e decidir, com a aplicação das normas jurídicas, qual a tutela jurisdicional devida – geralmente, quem tem razão e em qual proporção.[39]

Alguém sofreu um acidente automobilístico e demanda em face de outrem a reparação dos danos causados; o juiz decidirá a existência dos danos, a extensão deles e o grau de responsabilidade do alegado causador do dano.

Em um divórcio, há uma série de questões envolvidas, sobre a partilha dos bens, os direitos dos eventuais filhos e a efetiva decretação da dissolução do vínculo matrimonial.

---

[39] "Entende-se por tutela jurisdicional ou processual o resultado de toda a atividade desempenhada no processo e no procedimento, seja ele favorável ou desfavorável a qualquer das partes em conflito. No processo contencioso (judicial ou arbitral) tanto a sentença de procedência como a de improcedência oferecem a tutela jurisdicional, seja acolhendo a pretensão do autor, seja rejeitando-a." (Ada Pellegrini GRINOVER. *Ensaio sobre a processualidade:* Fundamentos de uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 17).

Independentemente do caso, decidir qual o resultado a ser produzido – se haverá indenização ou não no acidente de caso e em qual extensão e por quem; e como será o término do relacionamento conjugal, como cada parte ficará após o divórcio[40] – envolve questões de fato e de direito muitas vezes incertas, e é a incerteza desse resultado que torna a decisão de segunda ordem algo relevante para o sujeito que vai tomá-la.

As mesmas inquietudes de incertezas fáticas e de direito (ou de moral, de justiça, num conflito intersubjetivo de justiça) afetam os conflitantes se eles forem decidir por um resultado decorrente de acordo.[41] Realmente houve um acidente e de quem a responsabilidade e qual a extensão dos danos? Queremos nos divorciar, quem ficará com o quê e como será nossa relação, em direitos e obrigações, com os filhos? O resultado pelo acordo também envolve uma mesma decisão de primeira ordem entre as questões de fato e de direito envolvidas.[42]

É por isso que uma decisão de segunda ordem é tão problemática e relevante. Ela envolve como fazer a decisão de primeira ordem e a quem caberá fazê-la. Prefiro que as incertezas dos fatos e do direito sejam resolvidas por um terceiro, que adjudicará o resultado – favorável ou não – ou prefiro eu mesmo, com as dificuldades das preferências do outro lado, buscar resolver as incertezas e criar esse resultado?

> De acordo com certa descrição de raciocínio prático, as pessoas são animais decisórios, considerando as vantagens e desvantagens dos cursos de ação propostos e escolhendo de acordo com essas considerações. Essa visão possui um papel familiar na teoria econômica e da decisão; em várias formas é central para importantes descrições de raciocínio no direito e na política.

---

[40] Escolheu-se estes dois exemplos por serem os paradigmas de casos que, segundo as disposições dos §§2º e 3º do artigo 165 do CPC, seriam conflitos adequados para uma conciliação ou uma mediação, respectivamente: acidente automobilístico geralmente não envolve vínculo anterior entre as partes, ao contrário de um divórcio.

[41] “Na justiça consensual também se atinge a tutela jurisdicional, por intermédio da solução do conflito pelas próprias partes”. (GRINOVER *Ensaio sobre a processualidade, ob. cit.*, p. 17).

[42] Sobre essa questão da influência das questões de direito, em especial o direito formal estatal, sobre um acordo, costuma-se falar de fazer um acordo “à sombra da lei”. (Robert H. MNOOKIN, e Lewis KORNHAUSER, “Bargaining in the Shadow of Law: the case of divorce”. *Yale Law Journal,* vol. 88, no. 5, April 1979, ps. 950-997).

> [...] Um importante problema é que isso ignora a existência de estratégias de simplificação que as pessoas adotam muito antes de que as efetivas decisões precisam ser feitas. Um ponto central aqui é que as pessoas buscam superar suas próprias limitações – calculativas, morais, ou de outra ordem – fazendo uma metaescolha antes do momento da decisão última. Tanto pessoas racionais quanto com limitações da racionalidade tentam minimizar os fardos da escolha e a possibilidade de erro.
> Por *decisões de segunda ordem* nos referimos a decisões sobre a estratégia apropriada para reduzir os problemas associados em fazer uma decisão de primeira ordem. Decisões de segunda ordem, portanto, envolvem as estratégias que as pessoas usam para evitar se encontrarem em uma decisão ordinária de tomada de decisão em primeiro lugar.[43]

Os autores esclarecem que essas estratégias "se diferem na extensão em que produzem equívocos e também na extensão em que impõem fardos informacionais ou de outras categorias no agente ou em outros, tanto *antes* do processo de tomada da decisão última ou *durante* esse processo".[44]

Haveria quatro tipos ideias de decisões de segunda ordem – conforme reduzam ou não os fardos na tomada da decisão última e conforme o grau da exigência no momento anterior, de pensar antecipadamente:

	Fardos baixos *ex ante*	Fardos altos *ex ante*

[43] "According to one Picture of practical reasoning, people are decision-making animals, assessing the advantages and disadvantages of proposed courses of action and choosing in accordance with that assessment. This picture plays a familiar role in economics and decision theory; in various forms it is central to leading descriptions of reasoning in law and economics.

[...] An important problem is that it ignores the existence of simplifying strategies that people adopt well before on-the-spot decisions to bem ade. A central point here is that people seek to overcome their own shortcomings – calculative, moral, or otherwise – by making some metachoice before the moment of ultimate decision. Both rational and boundedly rational people attempt to minimize the burdens of choice and the likelihood of error.

By *second-order decisions* we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance." (Cass R. SUNSTEIN, e Edna ULLMANN-MARGALIT, "Second-Order Decisions". *In:* SUNSTEIN, Cass R (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 187, tradução livre).

[44] "These strategies differ in the extent to which they produce mistakes and also in the extent to which they impose informational and other burdens on the agent and on others, either *before* the process of ultimate decision or *during* the process of ultimate decision" (*Idem*, ps. 187-188, tradução livre).

Fardos baixos no momento definitivo	Baixo-Baixo: acaso; sorte; loterias; fatores irrelevantes ("dia de sol, vou escolher um emprego na praia"); decisões parciais, passo-a-passo; várias heurísticas; algumas regras abertas, *standards*.	Alto-Baixo: regras, presunções, algumas regras abertas (*standards*), rotinas.
Fardos altos no momento definitivo	Baixo-Alto: delegação.	Alto-Alto: disfuncionalidade.

SUNSTEIN e ULLMANN-MARGALIT, "Second-Order Decisions", *ob. cit.*, p. 192.

Com isso, podemos ver como uma decisão entre uma mediação ou uma adjudicação, é uma decisão de segunda ordem.

Esperar uma sentença é basicamente delegar a decisão de primeira ordem para um terceiro: por isso que se costuma dizer que a jurisdição é substitutiva,[45] faz a decisão de primeira ordem pelas partes em conflito.

Escolher os limites do acordo também é uma decisão de primeira ordem, e a decisão de segunda ordem sobre ela que torna sua escolha tão complexa para os estudiosos do direito processual.

É nesse sentido que entendemos que a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação, o grau de mandatoriedade da tentativa da solução consensual em sua incorporação ao sistema processual, envolve uma decisão de segunda ordem: envolve fixar os parâmetros para, *ex ante*, definir como uma decisão de primeira ordem vai ser feita.

Não haver mandatoriedade para a ocorrência da tentativa do acordo retira o fardo da decisão de primeira ordem sobre as partes, e os delega ao julgador. Haver

[45] Cândido Rangel DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, ps. 316-317.

mandatoriedade de grau máximo da tentativa de acordo (um sistema em que o Judiciário obrigasse a ser feito um acordo ou nada mudaria na situação existente entre as partes em conflito), envolveria uma decisão de segunda ordem para que as próprias partes sempre fossem as responsáveis pela decisão de primeira ordem sobre o conflito.

E cada grau variável de mandatoriedade da tentativa de solução consensual representa tipos diversos de decisões de segunda ordem, que podem ser adaptados conforme as circunstâncias de cada conflito.

Por isso que este trabalho parte da premissa de que a obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil não é, em si só, algo problemático. Como veremos no próximo capítulo, a racionalidade das pessoa possui uma série de restrições de natureza psicológica, próprias do modo como a evolução formatou nossas mentes.

Uma decisão de primeira ordem feita pelas próprias partes recebem influxos expressivos dessas características psicológicas e, por isso, a defesa de um sistema adjudicatório de solução de conflitos é tão convincente, para resolver conflitos intersubjetivos de justiça. Nas palavras de Owen Fiss, "o propósito da adjudicação não é a resolução da disputa ou a pacificação, mas sim a justiça e que os processos racionais da lei estão intimamente relacionados à busca desse fim".[46]

Mas, então, como um conflito pode ser tratado de modo construtivo mesmo sendo a intervenção de um terceiro em adjudicação às partes? Toda a teoria da mediação de conflitos se baseia nas possibilidades de ganhos mútuos, de um processo de solução de conflitos ganha-ganha.[47]

---

[46] FISS*, Direito como Razão Pública, ob. cit.*, p. 157.

[47] Dentre outros, Roger FISHER, William URY, e Bruce PATTON. *Como Chegar ao Sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. bras. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014; Lia Regina Castaldi SAMPAIO, e Adolfo BRAGA NETO. *O que é Mediação de Conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2014; Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. 6ª ed., Brasília: CNJ, 2016, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf, acesso em 30/06/2020.

Grande parte dessas ideias decorrem de concepções da teoria dos jogos, sobre a cooperação entre os jogadores. Sobre isso: Robert AXELROD, *A Evolução da Cooperação*. Trad. bras. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo editora, 2010. Este trabalho não pretende entrar em detalhes sobre a teoria dos jogos, complexificada atualmente por influxos das ciências comportamentais (que são objeto de

Com isso, queremos dizer que a automaticidade de se escolher uma decisão adjudicada para um conflito (o que Kazuo Watanabe chama de “cultura da sentença”) não é algo deslocado dos aspectos psicológicos do comportamento das partes. A cultura da sentença envolve uma decisão de segunda ordem como regra padrão, em que se presume que a solução adjudicada é o melhor resultado para os conflitos subjetivos de justiça, para dar concretude aos valores públicos que estão à base do direito.[48]

Por consequência, como presunção se insere na categoria Alto-Baixo de decisão de segunda ordem de Sunstein e Ullmann-Margalit, a escolha de segunda ordem sobre obrigar ou não a realização de uma tentativa de solução consensual é uma decisão complexa: é uma decisão que possui fardos altos *ex ante*, para reduzir os fardos no momento da tomada de decisão última.

Ao se decidir, em decisão de segunda ordem, pela adequação do mecanismo de solução adjudicada para alguns casos, o decisor toma a decisão de alto fardo *ex ante* para minimizar os fardos da decisão última para os conflitantes. No mesmo sentido, entendemos que a definição pela obrigatoriedade de uma mediação também é uma decisão de segunda ordem, em que o decisor toma a decisão de alto fardo *ex ante* para definir a adequação da solução consensual para aqueles casos específicos, a fim de minimizar os fardos de decisão de primeira ordem pelas partes, em razão dos influxos psicológicos naturais sobre o comportamento.

É por esses princípios que se deve estudar a adequação do mecanismo à solução do conflito, para escolher o método mais adequado conforme a situação conflitiva existente e de acordo com as características das partes.

A mediação e a conciliação não são panaceias, para resolver todos os nossos problemas institucionais de tratamento adequado dos conflitos intersubjetivos de justiça. Mas também podem contribuir sobremaneira para os

---

parte considerável da base teórica aqui desenvolvida). A referência da teoria dos jogos para o trabalho é no sentido de como considerar uma decisão de primeira ordem com base no acordo um possível resultado justo para um conflito subjetivo de justiça.

[48] FISS*, Direito como Razão Pública, ob. cit.*

objetivos de se pacificar os conflitantes e lhes garantir o acesso à ordem jurídica justa.

Tudo depende do conflito existente e do comportamento das partes. E é com base nisso que se deve tomar uma decisão de segunda ordem entre a adjudicação e a solução consensual. Essa decisão de segunda ordem pode ser feita pelas próprias partes, pelo juiz, pelos advogados... Mas essencialmente por um arquiteto de escolha, um teórico do direito processual, como é a proposta deste trabalho.

1.5. ARQUITETURA DE ESCOLHA

Escolhas estão por toda parte. Ao comprar um produto, ao contratar um serviço, como gastar nosso dinheiro, o que comer, o que fazer... A ciência comportamental possui os mais variados estudos sobre os aspectos envolvidos na tomada de decisão e na escolha.[49]

A tradicional teoria de tomada de decisões e de escolha, baseada na economia, concebe esse processo como algo altamente racional: “as pessoas escolhem por otimização”.[50] As pessoas avaliariam todos os aspectos envolvidos entre as opções disponíveis para a escolha, suas vantagens e desvantagens específicas, a comparação entre elas e, por fim, escolheriam a que melhor atenderia a seus interesses.

---

[49] Tema do capítulo 2, *infra.*

[50] Richard H. THALER. *Misbehaving*: A construção da economia comportamental. Trad. bras. George Schlesinger, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 19.

Em escolhas simples, entre duas opções, a concepção parece fazer sentido: é avaliar os prós e contras de uma e outra e de uma em relação à outra. Mas nada é tão simples.

Pessoas possuem limitações cognitivas, limitações de tempo e de recursos, que se influenciam mutuamente e na forma como as pessoas se comportam.[51]

Se escolhemos uma salada em lugar de uma porção de batatas fritas, ou vice-versa, somos influenciados por nossos interesses, dentro das limitações cognitivas e comportamentais, e o contexto do ambiente. Uma opção mais cara pode justificar sua escolha ou não. Você pode escolher a primeira que aparece, ou a última, ou na sorte.

Por que poupar dinheiro para o futuro e não o gastar no momento? Por que procrastinar na realização de uma tarefa (ou mesmo na redação de um trabalho acadêmico...), deixando-a para o último momento e não a realizar antes?

O que importa é que nenhuma escolha é feita fora de algum contexto, influenciada pelas limitações cognitivas do sujeito e os influxos do ambiente, tudo a influenciar o comportamento a ser realizado.

E é justamente em razão dos influxos do ambiente, que a arquitetura de escolha importa. A forma como as escolhas são apresentadas, o ambiente de sua realização, os condicionantes físicos, temporais e financeiros... Tudo deve ser considerado para a melhor estruturação do contexto em que a escolha será feita.[52]

---

[51] É a origem da economia comportamental: THALER, *Misbehaving, ob. cit.*.; Daniel KAHNEMAN, *Rápido e Devagar:* Duas formas de pensar. Trad. bras. Cássio de Arantes Leite, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Sobre isso, maiores detalhes no capítulo 3, *infra.*

[52] "Those who decide between active chooshing and default rules are *choice architects*, in the sense that they design the social contexto within choices are made. The idea of 'social context' should be understood very broadly. It includes temperature, colors, sizes, shapes, and sounds. (If candy is wrapped in a green package, health-conscious consumers are more likely to buy it, whether or not it is actually healthy.) It includes the order in which options are presented and in which people's attention is triggered. (If an item is first on a list, it's more likely to be chosen, and the same is true if it is listed last; items listed in the middle don't get a lot of attention.) It emphatically includes default rules – and it includes active chooshing as well. Choice architecture specifies when, whether, and how we choose. Whether or not people are aware of it, choice architecture is everywhere. It is not possible to dispense with a social context, and some kind of choice architecture is therefore inevitable." (Cass R. SUNSTEIN, *Choosing not to choose:* understanding the value of choice. New York: Oxford University Press, 2015, p. 5).

Thaler e Sunstein apresentam vários exemplos da pervasividade da arquitetura de escolhas:

> Um arquiteto de escolhas tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões. [...] muitas pessoas reais são arquitetas de escolhas – e a maioria nem se dá conta disso. Se você faz uma cédula de votação usada para escolher candidatos, você é um arquiteto de escolhas. Se você é médico e vai explicar as opções de tratamento disponíveis para um paciente, você é um arquiteto de escolhas. Se elabora o formulário de adesão ao plano de saúde que os recém-contratados precisam preencher ao entrar na empresa, você é um arquiteto de escolhas. Se está explicando a seu filho ou a sua filha que faculdades ele ou ela pode cursar quando terminar o ensino médio, você é um arquiteto de escolhas. Se você é um vendedor, você é um arquiteto de escolhas (mas nesse caso você já sabia).[53]

Um advogado, ao apresentar ao cliente as opções disponíveis, é um arquiteto de escolhas. A questão é que a arquitetura de escolhas dos advogados acaba sendo enviesada também. Há de se ter cuidado com os erros cognitivos também dos arquitetos de escolha.

Por isso que passa a ter relevância a questão da audiência obrigatória do artigo 334 do CPC. Tendo em vista a cultura da sentença, a arquitetura de escolhas montada por um advogado ao aconselhar um cliente, acaba sendo enviesada por esse contexto sociocultural, em que o costume é resolver os conflitos no meio judicial. Aqui entra o papel educacional proposto pelos defensores do artigo 334 do CPC.[54]

Ao fixar a obrigatoriedade para a audiência de tentativa de solução consensual dentro do procedimento padrão do processo adjudicatório jurisdicional, procura-se criar uma arquitetura de escolha para influenciar a escolha a ser tomada

---

[53] Richard H. THALER, e Cass R. SUNSTEIN. *Nudge:* como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. bras. Ângelo Lessa, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 11.

[54] LUCHIARI, *Mediação Judicial*, *ob. cit.*; VASCONCELOS, *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*, *ob. cit.*; e João Luiz Lessa NETO, “O Novo CPC adotou o Modelo Multiportas!!! E agora?!”, *ob. cit.*

pelos sujeitos processuais e pelas partes, ao escolherem, em decisão de segunda ordem, entre a adjudicação ou o consenso.

A mandatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC não deve ser elogiada ou criticada por si só, mas deve considerar os elementos e condicionantes da sua forma escolhida, do contexto fixado para a escolha pelo arquiteto de escolhas.

Por isso que Dorcas Quek alertava para o desafio da definição da mandatoriedade da mediação, no contínuo do espectro de mandatoriedade dos encaminhamentos para a solução consensual.

É com base nisso que se pode analisar os condicionantes acessórios do artigo 334 do CPC. Como interpretar os prazos ali fixados? Por que definir que o autor deve indicar na petição inicial seu interesse ou desinteresse de participar da audiência? E para o réu, que deve se manifestar com 10 dias de antecedência da data da audiência? Por que esse prazo e não outro?

Como se pode avaliar a sanção correspondente ao não comparecimento injustificado à audiência de conciliação? O que é injustificado? Por que a manifestação de desinteresse não é considerada em si uma justificativa? Ou deveria sê-lo? A sanção como ato atentatório à dignidade da justiça é justificável? Alguma sanção deve haver? Poderia ser sanção à parte contrária? Poderia ser incentivo e não punição?

Tudo isso sem desconsiderar a relação da tentativa da solução consensual com o procedimento adjucatório em que inserida. Por que o prazo para contestação fica suspenso (art. 335, I, CPC)? Por que o processo pode ter seu curso normal se o réu se manifesta contrariamente à realização da audiência do artigo 334 do CPC, mesmo que o autor tenha se manifestado favoravelmente? A manutenção da audiência é consequência obrigatória?

Enfim, o que se quer dizer é que a escolha de segunda ordem entre a adjudicação e a solução consensual pode ser feita de várias maneiras, por vários sujeitos, e a arquitetura de escolhas influencia o modo como essa decisão acabará por ser tomada.

A escolha das pessoas é condicionada por limitações cognitivas, com base no contexto em que as escolhas são feitas, na forma em que a arquitetura de escolhas foi estruturada. Por isso que é essencial considerar a psicologia do comportamento: como decidimos e o que nos influencia? De que forma a arquitetura de escolhas deve considerar esses elementos? É o que pretendemos responder a partir do próximo capítulo.

2. COMPORTAMENTO: A PSICOLOGIA DA DECISÃO E DA ESCOLHA

Neste capítulo, traçamos um breve panorama dos estudos comportamentais, partindo da Psicologia e sua incorporação por estudos da Economia.

Justifica-se esta escolha teórica por ser uma abordagem multidisciplinar, não comumente adotada por estudos na área jurídica. Acredita-se que os aportes das ciências comportamentais podem trazer uma visão diferente, para examinar os desafios da incorporação da solução consensual na estrutura adjudicatória padrão do processo judicial, com soluções distintas daquelas meramente jurídicas.

Vale-se em grande medidas dos estudos comportamentais adotados pela economia em razão de já haver trabalhos, principalmente em língua inglesa, que abordam a aproximação entre a economia comportamental e desafios jurídicos.

A base comportamental da psicologia é um panorama teórico que facilita a compreensão dos aspectos abordados neste trabalho, por isso é essencial a referência. Além disso, ir além da economia, mesmo que comportamental, permite apresentar novas soluções que fujam de incentivos de fundo econômico, como se exporá com mais detalhes no capítulo seguinte.[55]

[55] Capítulo 3, *infra.*

2.1. ANÁLISE DO COMPORTAMENTO: PSICOLOGIA COGNITIVA X PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL[56]

O comportamento, nossos pensamentos e nossas ações, é intimamente relacionado com o modo como nosso cérebro lida com o ambiente.[57]

Para Rachlin, "a psicologia cognitiva como ciência pretende descobrir os mecanismos que jazem sob a espontaneidade e a profundidade (entre outras qualidades) das emoções e dos pensamentos" e a psicologia comportamental analisa "as interações [de um agente, animal humano ou não] com outras pessoas e coisas (com o ambiente)" dentro de uma certa configuração, que "constitui o *contexto comportamental* daquela configuração".[58]

O autor conclui que ambas as concepções são incompletas, já que "nenhuma diferença no contexto cognitivo seria significativa a menos que resultasse em comportamentos diferentes", e "é impossível para a maioria conceber

---

[56] Esse tópico representa um resumo, pelas minhas percepções e entendimentos, de Howard RACHLIN. *Judgment, decision, and choice:* a cognitive/behavioral synthesis. New York: W. H. Freeman and Company, 1988. A ressalva é necessária em razão da minha não formação básica em psicologia, mas um aprendizado enviesado com base nas ideias próprias de uma formação básica em direito. De qualquer forma, os conceitos são importantes, com algumas adaptações para facilitação da compreensão, para o debate a seguir, quanto aos vieses de cognição e como isso influencia a tomada de decisão de qualquer pessoa – o que deve ser considerado na análise do modelo ótimo de adaptação da mandatoriedade da audiência de conciliação e mediação.

[57] "I hope to convince readers that cognitivism and behaviorismo are entirely compatible ways to view the human mind – compatible not only in the passive sense that nothing seen from one of these view points can constitute evidence against the other, but also in the more active sense that what is learned from one viewpoint may enhance and enrich what is learned from the other". (*Idem*, p. xii).

[58] "Cognitive psychology as a science aims to discover the mechanisms underlying spontaneity and depth (among other qualities) of emotions and thoughts. [...] Interactions with other people and things (with the environment) outside of a given setting constitute the *behavioral context* of that setting" (*Idem*, p. xiii). Interessante é o exemplo dado pelo autor, para esclarecer as questões: ele apresenta a atuação de um ator e a compara com o comportamento real do personagem (no exemplo dado Ricardo III, na peça de Shakerpeare, e um ator interpretando o papel). Para um cognitivista, a diferença entre as emoções do personagem e do ator decorreriam de seus diversos estados internos; o personagem teria sentimentos mais genuínos, e o ator agiria mais calculistamente. Para um behaviorista, a diferença estaria no fato de que o comportamento do personagem não dependeria do contexto, ele demonstraria aquelas emoções a todo instante; o ator, por sua vez, apenas agiria com as emoções do personagem no contexto da peça, e não no restante da vida social dele.

diferenças no contexto comportamental de duas (possivelmente idênticas) ações, sem considerar as diferenças do contexto cognitivo".[59]

A sequência de sua exposição passa a analisar os antecedentes histórico-filosóficos da tomada de decisão. Afirma-se que a base é a racionalidade, que seria seguir as regras da lógica e da matemática, mas como seria possível explicar pessoas que, embora racionais em sua linguagem, o que dizem, não agem racionalmente em suas ações (comportamento)?

Não é muito relevante, para este trabalho, expor cada uma das concepções filosóficas que antecederam as teorias sobre a racionalidade.[60] O que importa são as concepções comuns à base da natureza animal (tanto humana, quanto não humana), sobre a existência da mente e seu funcionamento:

> A regra geral é a seguinte: sabemos que nós temos mente (logo consciência) porque nossa introspecção nos diz isso. Outras criaturas têm mentes se os seus movimentos apresentam propósito e intenção, e esses movimentos não podem ser explicados apenas em termos de causas eficientes, isto é, reflexos [...]. O fato de essa visão permanecer como parte das nossas crenças ainda hoje é evidenciado pelo problema em definir se computadores, porque eles têm propósitos e intenções, podem pensar. Uma solução extrema desse problema é supor que *somente* um computador pode pensar. Então, porque nós humanos podemos pensar, nossas mentes devem ser nada mais do que computadores.
> Esse método esperto de decidir se algo outro que nós humanos tinha uma mente dentro de si (presença ou ausência de propósito) foi rompido pela teoria da evolução de Darwin. Aquela teoria mostrou como as causas finalísticas podem ser reconciliadas com as causas eficientes. [...] Depois de Darwin [...], quaisquer métodos desenvolvidos para estudar os propósitos humanos (incluindo métodos da teoria humana da decisão) podiam agora ser aplicados para outros animais. E quaisquer métodos

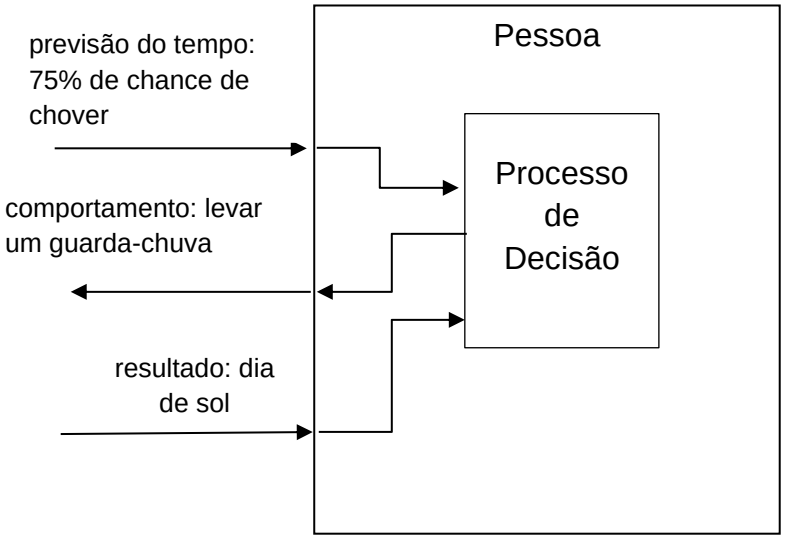
[59] "It should be obvious that the cognitive and behavioral viewpoints are each incomplete. On the one hand, no difference in cognitive context would be meaningful unless it resulted in behavioral differences. On the other hand, it is impossible for most of us to conceive of differences in the behavioral context of two (perhaps identical) action unaccompanied by differences in cognitive context." (*Idem*, *ibidem*).

[60] O autor expõe sobre Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes, Darwin, dentre outros (*Idem*, ps. 1-19).

> elaborados para estudar os propósitos animais (incluindo os métodos da teoria da escolha animal) podiam ser aplicados aos humanos.[61]

A partir daí, o autor trabalha a integração entre os estudos das teorias do julgamento, da decisão e da escolha. Ele esclarece as questões com um exemplo de uma previsão do tempo e uma pessoa escolhendo usar ou não um guarda-chuva.

A previsão do tempo é uma probabilidade de um acontecimento meteorológico incerto, um conjunto de dados que representa um *input* para o processo de decisão da pessoa – por exemplo, 75% de chance de chuva. Esse processo de decisão tem um *output*, uma ação, um comportamento – sair com um guarda-chuva. Como a previsão do tempo é incerta, pode ser que faça sol, o que é um resultado que retorna como outra fonte de dado para a tomada de decisões futuras:



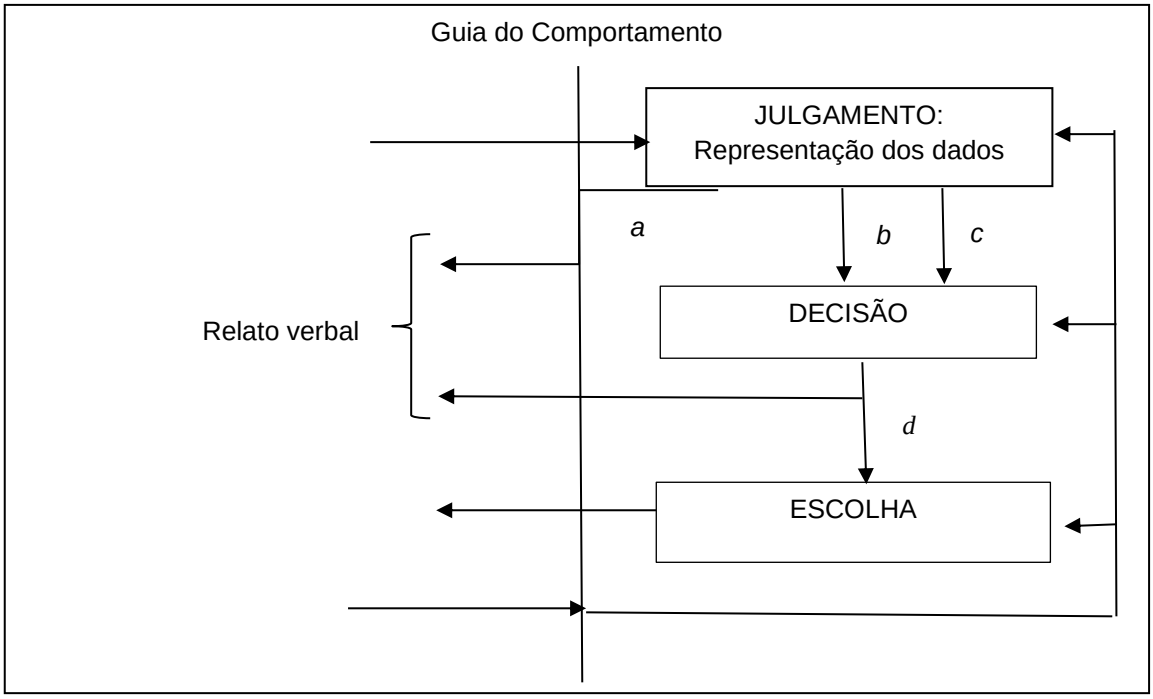
RACHLIN, *ob. cit.*, p.22.

Esse desenho esquemático, contudo, não esclarece propriamente as distinções entre julgamento, decisão e escolha, de forma que ele o complementa com alguns dados adicionais, demonstrando o processo interno da decisão até o comportamento.

O Ambiente ortamento
da escolha A Pessoa

Dados (Probabilidade objetiva)

[61] *Idem*, p. 18, tradução livre.



a = probabilidade subjetiva; *b* = peso decisório; *c* = outras informações; *d* = decisão

Desenvolvido com base em RACHLIN, *ob. cit.*, p. 24, e anotações do curso PSE-5938:Julgamento, Decisão e Escolha: Contribuições das Abordagens Cognitiva e Comportamental, do Instituto de Psicologia da USP, ministrada pelos professores José de Oliveira Siqueira, Altay Alves Lino de Sousa e Marcelo Frota Lobato Benvenuti, no 1º semestre de 2018.

Esse esquema permite perceber como o comportamento é uma questão complexa, recebendo vários influxos – da experiência atual e passada (julgamento – atual pelo item *b* e passadas pelo item *c*, acima) e da expectativa do futuro (reforços e punições).

O julgamento, nesse esquema, representa uma constatação das probabilidades de ocorrência dos fatos, conforme os dados disponíveis no ambiente. Como veremos a seguir, os julgamentos possuem uma série de erros, naturais e esperados, que devem ser considerados na análise da decisão – e, portanto, na formatação da arquitetura de escolha.

A importância da distinção entre julgamento e decisão decorre dos estudos metodológicos da ciência da decisão, na forma de testes e experimentos. É geralmente a linha seguida pela economia, ao formular testes alternativos, de tipo jogos: o que é preferível, um jogo de 50% de chance de vencer R$ 100,00 ou 50% de chance de não ganhar nada; ou receber R$ 50,00, com certeza? Nesses casos,

o julgamento é feito de antemão pelo ambiente, pelo pesquisador, que apresenta as probabilidades ao sujeito que vai tomar a decisão.[62]

Após a decisão, a pessoa se comporta, agindo de alguma forma. A teoria da escolha se baseia nos estudos de comportamento animal, nos estudos de condicionamento respondente e condicionamento operante. Esses condicionamentos são estímulos do ambiente, geralmente da experiência presente, mas que retomam resultados passados e reforçam o comportamento, ou pela premiação (um pouco de comida, por exemplo) ou pela punição (um choque elétrico) – o que é representado pela seta “resultado” no esquema desenhado.

Os condicionamentos, como estímulos, decorrem do próprio comportamento, conforme a ação realizada. Mas o comportamento não é influenciado somente pelos estímulos do condicionamento, mas também estímulos discriminativos, que não são consequências diretas do comportamento, mas que sinalizam, direcionam o comportamento. É como, por exemplo, um sinal de cor pode indicar, numa escolha animal entre dois comportamentos, qual possui o melhor reforçamento e, assim, induzir comportamentos futuros naquele sentido.

Do mesmo modo, sinais linguísticos podem induzir comportamentos humanos, como uma placa sinalizando “pare”. Tal placa não é reforçamento do comportamento, mas pode indicar a possível ocorrência do reforçamento, como um resultado ruim – um acidente ou uma multa.

Enfim, o comportamento é a decorrência de um processo complexo, que considera o julgamento (a análise dos dados do ambiente, por suas probabilidades, o que é influenciado não só pelo rigor matemático, mas também por experiências passadas); a decisão (a forma como o julgamento induz o comportamento); e a escolha (a reafirmação ou não do comportamento pelos reforços presentes do comportamento).

Todo esse ciclo de retroalimenta, o que é central para os estudos da aprendizagem, da cognição e da tomada de decisão. Por consequência, é essencial

---

[62] RACHLIN, *ob. cit.*, ps. 73-75.

para se definir a arquitetura de escolha ideal para cada caso, para cada conflito, conforme as características mais esperadas do ambiente e das partes.

2.2. PENSAMENTO RÁPIDO E PENSAMENTO LENTO

O breve escorço sobre as visões psicológicas cognitiva e comportamental não pretende esgotar todo o amplo debate envolvendo as duas posturas metodológicas – e nem seria nossa pretensão, tendo em vista a ausência de formação específica na área.

O que importa é perceber os amplos fatores que influenciam o comportamento animal, em especial o humano.

A dotação de linguagem possibilita os estudos das ciências do julgamento e da decisão, cuja presença esquemática é inerentemente interna ao animal que realiza o ato comportamental. Com a linguagem, podemos comunicar as etapas psicológicas internas do comportamento (o julgamento e a decisão) e não apenas analisar a etapa externamente relevada, a conduta feita pelo animal (como são os estudos de escolha, que analisam somente o ato do bicho, em apertar um botão, por exemplo).

O esquema acima apresentado não exclui a possibilidade de analisarmos também o comportamento humano pelas condutas exteriorizadas, e grande parte dos estudos sobre comportamento em políticas públicas envolve isso, já que examina as reações humanas conforme mudam-se os incentivos – recompensas e punições, da seta “resultado”.

Mas a possibilidade de serem analisadas as etapas internas não deve ser descartada, e apenas a linguagem possibilita que isso seja examinado.

Por exemplo, perguntar a alguém as chances que ele estima de uma pessoa com determinada descrição, possui uma ou outra profissão de uma lista,[63] é um estudo sobre julgamento – no esquema do tópico anterior, representando pela letra *a,* o relato verbal dos processos internos psicológicos que levam a pessoa a estima a probabilidade (probabilidade subjetiva).

Já indagar a alguém o exemplo apresentado anteriormente, entre uma aposta de 50% de chance de vencer R$ 100,00 ou não vencer nada, ou 100% de chance de receber R$ 50,00, é um problema de decisão, porque se pula a etapa do julgamento, já que as probabilidades são apresentadas prontas pelo responsável pelo teste.

Na vida real, nada é tão estanque quanto nas pesquisas de laboratório conduzidas pelos cientistas do comportamento, já que somos forçados a realizar os processos mentais simultaneamente em muitas situações, analisando as probabilidades não previamente reveladas (pelo julgamento) e com base nelas tomando as decisões.

Essa estrutura esquemática da psicologia permitiu que estudiosos da economia passassem a criticar os pressupostos básicos da ciência econômica. Richard Thaler, de forma até mesmo autobiográfica, resume esse processo: "a raiz do problema" da teoria econômica decorreria do fato de que ela "naquela época – e a maioria dos economistas de hoje – usa uma única teoria tanto para propósitos normativos quanto descritivos":[64]

---

[63] Exemplo dado por KAHNEMAN, *Rápido e Devagar*, *ob. cit.*, p. 14: "'Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe'. Há maior probabilidade de Steve s er um bibliotecário ou um fazendeiro?".

[64] THALER, *Misbehaving, ob. cit.*, p. 41

"Na análise econômica do direito, dois tipos básicos de questões sobre as regras legais devem ser consideradas. O primeiro tipo é *descritivo*, concernente aos efeitos das regras legais. Por exemplo, qual é a influência de nosso sistema de responsabilidade por acidentes automobilísticos no número desses acidentes, na compensação das vítimas, e nos custos da litigância? O outro tipo de questão é *normativo*, tratando da conveniência social das regras legais. Então, pode-se perguntar se nosso sistema de responsabilidade por acidentes de automóveis é socialmente bom, dadas suas várias consequências.

"Ao responder esses dois tipos de questões com base na análise econômica, a atenção teorética é usualmente voltada em modelos estilizados de comportamento individual e no sistema legal. A vantagem de serem estudados modelos é que eles permitem as questões descritivas e normativas

> Precisamos de uma abordagem enriquecida para fazer pesquisas econômicas, uma abordagem que reconheça a existência e relevância dos Humanos. A boa notícia é que não precisamos jogar fora tudo que sabemos acerca do funcionamento de economias e mercados. Teorias baseadas na premissa de que todo mundo é um Econ não devem ser descartadas. Elas continuam sendo úteis como ponto de partida para modelos mais realistas. E, em algumas circunstâncias especiais, como problemas de fácil resolução ou com pessoas altamente especializadas nas habilidades relevantes ao caso, modelos de Econs podem fornecer uma boa aproximação do que acontece no mundo real. Mas, como veremos, essas situações são a exceção, e não a regra.[65]

E qual é a real diferença entre a vida dos Econs e a vida dos Humanos? A resposta está nos aspectos psicológicos já reiteradamente apresentados.

2.2.1. SISTEMA 1 E SISTEMA 2

A estrutura esquemática do comportamento, apresentada pela psicologia, com as distinções em julgamento e decisão, e a possibilidades de essas etapas internas da mente poderem ser pesquisadas por experimentos de laboratório através da linguagem, perguntando às pessoas sobre seus julgamentos e suas decisões, permitiu que os teóricos da psicologia passassem a ver onde estavam as efetivas diferenças entre as predições normativas do comportamento e o real comportamento das pessoas.

---

serem respondidas de forma não ambígua, e que eles podem esclarecer o entendimento da real influência das regras legais no comportamento e ajudar a tomar as decisões de políticas públicas." (Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge/Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 1).

[65] THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, p. 21. Destacamos aqui as circunstâncias especiais, com pessoas altamente especializadas. Por isso que tanto se discute a reformulação dos cursos de Direito, para incluir os estudos dos meios de solução de conflitos, e não apenas dos meios adjudicatórios da solução judicial. Isso aumentaria o repertório dos profissionais do Direito, permitindo que passamos a agir mais racionalmente, de otimização dos resultados, ao fazer a escolha de segunda ordem entre uma solução adjudicatória ou uma solução consensual. Sobre a questão da mudança do ensino jurídico e a pouca efetividade das políticas públicas atuais para sua modificação, ZAMBONI, *O Ensino Jurídico e o Tratamento Adequado dos Conflitos, ob. cit.*

Comportamentos sistematicamente inconsistentes com as previsões normativas das teorias, com base em uma série de estudos do comportamento humano,[66] levaram os teóricos da psicologia a desenvolver uma teoria da mente humana dividida em dois sistemas: o Sistema 1 e o Sistema 2.[67]

O que importa, para efeitos deste trabalho, é que ambos os sistemas estão em constante relacionamento, mas funcionam de formas distintas e possuem finalidades diferentes, para auxiliar na vida humana.

O Sistema 1, basicamente, lida com o raciocínio intuitivo; o Sistema 2, com o raciocínio calculista, "racional":

> A interação dos dois sistemas é um tema recorrente do livro, e uma breve sinopse da trama se faz necessária. Na história que vou contar, os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma função de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente.
>
> Quando o Sistema 1 funciona com dificuldades, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que talvez solucione o problema do momento. O Sistema 2 é mobilizado quando surge uma questão para a qual o Sistema 1 não oferece uma resposta [...]. Você também pode sentir uma sobrecarga de atenção consciente sempre que fica surpreso. O Sistema 2 é ativado quando se detecta um evento

---

[66] Para um resumo dos vários estudos experimentais que levaram a essas indagações, KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*; e THALER, *Misbehaving, ob. cit*.

[67] Pesquisas mais recentes, de neurociência, com base em aparelhos de ressonância magnética, permitem verificar as partes do cérebro mais ativadas quando cada tipo de sistema está em funcionamento. É nesses pontos em que, por novas técnicas de pesquisa, as teorias psicológicas cognitiva e comportamental começam a se conciliar, já que não se depende mais apenas da declaração verbal da pessoa sobre seus julgamentos e suas decisões, mas se pode examinar como o cérebro analisa os dados da realidade e os reforços do comportamento. Sobre isso, RACHLIN, *Judgment, decision and choice, ob. cit.*; e GREENE, *Tribos Morais, ob. cit.*

> que viola o modelo do mundo mantido pelo Sistema 1. [...] Ao Sistema 2 também é atribuído o contínuo monitoramento de seu próprio comportamento – o controle que o mantém sendo educado quando está furioso, e alerta quando está dirigindo à noite. O Sistema 2 é mobilizado para aumentar o esforço quando detecta um erro prestes a ser cometido. [...] Em resumo, a maior parte do que você (seu Sistema 2) pensa e faz origina-se de seu Sistema 1, mas o Sistema 2 assume o controle quando as coisas ficam difíceis, e normalmente ele tem a última palavra.
>
> A divisão de trabalho entre o Sistema 1 e o Sistema 2 é altamente eficiente: isso minimiza o esforço e otimiza o desempenho. O arranjo funciona bem na maior parte do tempo porque o Sistema 1 geralmente é muito bom no que faz: seus modelos e situações familiares são precisos, suas previsões de curto prazo são em geral igualmente precisas e suas reações iniciais a desafios são rápidas e normalmente apropriadas. O Sistema 1 tem vieses, porém, erros sistemáticos que ele tende a cometer em circunstâncias específicas.[68]

A transcrição é longa, mas é um ótimo resumo das interrelações entre nossos dois modos de pensamento. Um modo é intuitivo, rápido, sentimental; outro é raciocinante, lento, racional.[69]

---

[68] KAHNEMAN, *Rápido e Devagar*, *ob. cit.*, ps. 33-34.

[69] Um resumo mais amplo sobre as funções dos dois sistema do processo-dual do cérebro pode ser encontrada em Keith FRANKISH, “Dual-Process and Dual-System Theories of Reasoning”. *Philosophy Compass* 5/10 (2010), p. 922.

Características normalmente atribuídas aos dois sistemas

Sistema 1	**Sistema 2**
Processos	*Processos*
Rápido	Devagar
Automático	Controlado
Inconsciente ou pré-consciente	Consciente
Baixo esforço, alta capacidade	Alto esforço, baixa capacidade
Heurístico	Analítico
Associativo	Baseado em regras
Atitudes	*Atitudes*
Implícito	Explícito
Estereótipos culturais	Crenças pessoais
Aquisição e mudança lentas	Aquisição e mudança rápidas
Acesso rápido	Acesso lento
Conteúdo	*Conteúdo*
Real	Hipotético
Concreto	Abstrato
Contextualizado	Descontextualizado
Domínio específico	Domínio geral
Arquitetura	*Arquitetura*
Um conjunto de sistemas, modular	Um sistema único
Paralela	Seriado

Os problemas de comportamento são decorrentes do modo como os sistemas se inter-relacionam: como o Sistema 1 é automático, rápido e geralmente oferta boas sugestões comportamentais ao Sistema 2, este acaba aceitando as sugestões, já que é altamente cansativo para a mente valer-se dele a todo momento. É daí que surgem os vieses cognitivos e as heurísticas, que traduzem boa parte dos equívocos comportamentais intuitivos – que poderiam em muitos casos serem minimizados pelo Sistema 2 mais ativo.[70]

2.2.2. Heurísticas e Vieses

Não usa memória de trabalho	Usa memória de trabalho
Evolução	*Evolução*
Evolutivamente antigo	Evolutivamente recente
Compartilhado com animais	Exclusivo dos humanos
Não-verbal	Envolve linguagem
Serve a objetivos genéticos (controle "short-leash)	Serve a objetivos individuais (controle "long-leash")
Variabilidade	*Variabilidade*
Independe de inteligência geral	Ligado a inteligência geral
Pouca variação entre culturas e indivíduos	Variação entre culturas e indivíduos
Relativamente não-responsivo a instruções verbais	Responsivo a instruções verbais.

[70] "Uma característica essencial no projeto da máquina associativa é que ela retrata apena ideias ativadas. Informação que não é recuperada (nem mesmo inconscientemente) da memória poderia perfeitamente nem existir. O Sistema 1 se sobressai em construir a melhor história possível a incorporar ideias presentemente ativadas, mas ele não considera (nem pode) informação que não detém.

"A medida do sucesso para o Sistema 1 é a coerência da história que ele consegue criar. A quantidade e qualidade dos dados em que a história está baseada são amplamente irrelevantes. [...]

"A combinação de um Sistema 1 que busca coerência com um Sistema 2 preguiçoso significa que o Sistema 2 vai endossar muitas crenças intuitivas, as quais refletem intimamente as impressões geradas pelo Sistema 1. Claro que o Sistema 2 também é capaz de uma aproximação mais sistemática e cuidadosa da evidência, e de seguir uma lista de itens que devem ser ticados antes de se tomar uma decisão [...]. Contudo, espera-se que o Sistema 1 influencie até as decisões mais cuidadosas [...].

"Tirar conclusões precipitadas com base em evidência limitada é importante para a compreensão do pensamento intuitivo, e aparece com tanta frequência neste livro, que vou usar uma abreviatura desajeitada para isso: WYSIATI, as iniciais de *what you se eis all there is*, ou "o que você vê é tudo que há". O Sistema 1 é radicalmente insensível tanto à qualidade quanto à quantidade da informação que origina as impressões e intuições." (KAHNEMAN*, Rápido e Devagar, ob. cit.*, ps. 111-112).

Heurísticas são um método de investigação simplificador, com base em aproximação progressiva de um problema, em que cada etapa é considerada provisória. Heurísticas funcionariam como uma "*rule of thumb*"[71] "para fazer um julgamento difícil" e a confiança nelas provoca "vieses previsíveis (erros sistemáticos) nas previsões" das pessoas.[72]

Os teóricos do julgamento e da decisão identificaram uma série de heurísticas que produzem vieses cognitivos e comportamentais nas pessoas. Resumiremos em algumas linhas as mais relevantes para este trabalho e, no próximo subitem,[73] indicaremos a possíveis aplicações das heurísticas e dos vieses para o estudo do direito – em especial o direito processual.

Disponibilidade**.** Julgamento, por heurística (substituição de uma pergunta por outra) para "estimar o tamanho de uma categoria ou a frequência de um evento" através "da facilidade com que as ocorrências vêm à mente".[74] Por exemplo, "um evento proeminente que chama sua atenção será facilmente recuperado da memória"; "um evento dramático aumenta temporariamente a disponibilidade da categoria"; e "experiências pessoais, fotos e exemplos vívidos são mais disponíveis do que incidentes que aconteceram com outros, ou meras palavras, ou estatísticas".[75]

---

[71] Regra do polegar. "A practical and approximate way of doing or measuring something", "A method of judging a situation or condition that is not exact but is based on experience" (*Cambridge Online Dictionary,* disponível em https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/rule-of-thumb, acesso em 19/08/2020).

[72] KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 14.

"Proponho uma explicação simples sobre como geramos opiniões intuitivas sobre questões complexas. Se uma resposta satisfatória para uma pergunta difícil não é rapidamente encotrada, o Sistema 1 encontrará uma pergunta relacionada que é mais fácil e que vai responder a ela. Chamo essa operação de responder a uma pergunta em lugar de outra de *substituição*. Também adoto os seguintes termos.

"A pergunta-alvo é a avaliação que você tenciona produzir.

"A pergunta heurística é a pergunta mais simples que você responde em lugar dela.

"A definição técnica de *heurística* é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis". (*Idem*, ps. 126-127).

[73] 3.2.3, *infra.*

[74] *Idem*, p. 166.

[75] *Idem*, ps. 166-167.

A heurística da disponibilidade está relacionada, psicologicamente, com dois caminhos: quantidade de ocorrências lembradas e facilidade de retomá-las na mente. Trata-se de uma heurística simples e, como os processos do Sistema 1, automática, difícil de resistir: “manter a vigilância contra vieses é um trabalho duro – mas a chance de evitar um equívoco custoso às vezes vale o esforço”:[76]

> A conclusão é que a facilidade com que as ocorrências vêm à mente é uma heurística do Sistema 1, que é substituída por um foco no conteúdo quando o Sistema 2 está mais empenhado. [...] A seguir estão algumas condições em que as pessoas ‘seguem o fluxo’ e são afetadas mais fortemente pela facilidade de recuperar da memória do que pelo conteúdo do que recuperaram:
>
> - quando estão empenhadas em outra tarefa trabalhosa ao mesmo tempo
> - quando estão de bom humor porque acabaram de pensar em um acontecimento feliz de sua vida
> - se pontuam baixo numa escala de depressão
> - se são principiantes conhecedores daquele tópico da tarefa, e não especialistas de verdade
> - quando pontuam alto numa escala de fé na intuição
> - se são (ou são lembrados a se sentir) poderosos.[77]

Trata-se de uma heurística muito importante, que envolve aspectos emocionais e afetivos, o que influencia especialmente aferições de riscos. Isso, como veremos no próximo capítulo, é especialmente relevante para a tomada de decisões sobre políticas públicas[78] – como é o caso de se definir sobre a mandatoriedade ou não da tentativa da solução consensual.

---

[76] *Idem*, p. 167.

[77] *Idem*, p. 173.

[78] “A psicologia deve informar o projeto de políticas públicas do risco que combine o conhecimento dos especialistas com a emoções e intuições do público”. (*Idem*, p. 185).

Representatividade. A heurística da representatividade envolve julgamentos em que se vale de estereótipos, substituindo considerações de taxas-base[79] por julgamentos de similaridade.

> Julgar a probabilidade com base na representatividade tem importantes virtudes: as impressões intuitivas que isso produz são frequentemente – na verdade, normalmente – mais precisas do que conjecturas fortuitas seriam.
> [...]
> Um dos pecados da representatividade [porém] é uma predisposição excessiva a prever a ocorrência de eventos improváveis(taxa-base baixa).
> [...]
> O segundo pecado da representatividade é a insensibilidade à qualidade da evidência.
> [...]
> Há só uma coisa que você pode fazer quando tem dúvidas sobre a qualidade da evidência: deixe seus julgamentos de probabilidade ficarem perto da taxa-base.[80]

Essa heurística é a responsável por grande parte dos equívocos estatísticos das pessoas, pelo julgamento e pela estimativa indevida das taxas-base, em grande medida ignoradas, em desfavor de informações ou irrelevantes ou supérfluas.

Um dos exemplos da atuação dessa heurística é a chamada "lei dos pequenos números", o modo natural de nossa mente acreditar que causalidade e estatística estão sempre interrelacionadas, sem considerar o acaso.[81]

Segundo Kahneman:

---

[79] Taxa-base é a proporção de um evento, uma categoria num conjunto qualquer: por exemplo, a proporção de bolinhas de uma cor em um vaso, para analisar da probabilidade de selecionar uma bolinha daquela cor. *Cf.* KAHNENMAN*, Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 187.

[80] *Idem*, ps. 192-195.

[81] "Somos ávidos por padrões, temos fé em um mundo coerente, em que as regularidades [...] não aparece por acidente, mas como resultado de uma causalidade mecânica ou da intenção de alguém. Não esperamos ver a regularidade produzida por um processo aleatório, e quando detectamos o que parecer ser uma regra, rapidamente rejeitamos a ideia de que o processo seja verdadeiramente aleatório." (*Idem*, p. 147).

> [...] a lei dos pequenos números é parte de duas histórias maiores sobre as operações da mente.
>
> - A fé exagerada em amostragens pequenas é apenas um exemplo de uma ilusão mais geral – prestamos mais atenção ao conteúdo das mensagens do que à informação sobre sua confiabilidade, e como resultado terminamos com uma visão do mundo em torno de nós que é mais simples e mais coerente do que os dados justificam. Pular para conclusões precipitadas é um esporte mais seguro no mundo de nossa imaginação do que é na realidade.
> - As estatísticas produzem muitas observações que parecem pedir por explicações causais, mas que não se prestam a tais explicações. Muitos fatos do mundo devem-se ao acaso, incluindo acidentesde amostragem. Explicações causais de eventos ao acaso estão inevitavelmente erradas.[82]

Essa falha na amostragem e na consideração das taxas-base impactam em muito na avaliação da causalidade. Kahneman exemplifica a questão com um caso envolvendo um acidente de veículos, em que uma testemunha é responsável por apontar elementos de identificação do automóvel responsável. A mera alteração do enquadramento da taxa-base – de uma taxa-base estatística (85% dos táxis são verdes e 15% são azuis) para uma taxa-base causal (táxis verdes estão envolvidos em 85% dos acidentes, apesar da mesma proporção de automóveis de cada empresa) -, modifica drasticamente o resultado do julgamento.[83]

---

[82] *Idem*, ps. 150-151.

[83] "*Taxas-base estatísticas* são fatos sobre uma população à qual um caso pertence, mas não são relevantes para o caso individual. *Taxas-base causais* mudam sua opinião de como o caso individual veio a ocorrer. Os dois tipos de informação de taxa-base são tratados diferentemente.

"Taxas-base estatísticas de um modo geral são subestimadas, e às vezes completamente neglicenciadas, quando alguma informação específica sobre o caso em questão está disponível.

"Taxas-base causais são tratadas como informação sobre o caso individual e são facilmente combinadas com outra informação específica do caso". (*Idem*, p. 213).

Essa diferenciação entre taxa-base estatística e taxa-base causal é extremamente relevante em algumas áreas do Direito, havendo vários estudos sobre inferências estatísticas em júris. Dentre outros: William C. THOMPSON, "Are juries competent to evaluate statistical evidence?", *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, no. 4, Autumn 1989, ps. 9-41; D. H. HAYE, e Jonathan J. KOEHLER, "Can Jurors understand probabilistic evidence?", *Journal of the Royal Statistical Society, Series A (Statistics in Society*), vol. 154, no. 1 (1991), ps. 75-81; Stephanie DARTNALL, e Jane GOODMAN-DELAHUNTY, "Enhancing Juror Understanding of Probabilistic DNA Evidence", *Australian Journal of Forensic Sciences,* 38:2, 2006, ps. 85-96; Lindsay HEWSON, e Jane GOODMAN-DELAHUNTY, "Using multimedia to support jury understanding of DNA profiling evidente", *Australian Journal of Forensic Sciences,* 40:1, 2008, ps. 55-64; Michelle COWLEY, "'The

Da mesma forma, a heurística da disponibilidade e sua contribuição para nossas avaliações equivocadas em estatística conduzem à falácia da conjunção, em que *menos é mais*: "a probabilidade, assim como o valor econômico, é uma variável tipo soma"[84], em que um conjunto mais específico é julgado como mais provável do que o conjunto que o engloba, simplesmente por detalhes supérfluos que, pela representatividade, são julgados mais prováveis.[85]

A heurística da representatividade age psicologicamente em várias questões e as chaves para um raciocínio estatístico disciplinado "podem ser resumidas de forma simples: Ancore seu julgamento da probabilidade de um resultado numa taxa-base plausível. Questione a diagnosticidade de sua evidência".[86]

Ancoragem. Trata-se de uma heurística "para estimar quantidades incertas: comece por um número de ancoragem, avalie se ele é alto demais ou baixo demais e gradualmente ajuste sua estimativa movendo-se 'mentalmente' a partir da âncora".

A ancoragem atua de forma bastante ampla, mesmo com valores aleatórios. Pensar em número antes de julgar algum valor incerto atrai a incidência da heurística da ancoragem.

Perceber a ocorrência dessa heurística é relevante para avaliar propostas de acordo, o que importa sobremaneira para este trabalho.[87]

Innocent v The Fickle Few': How Jurors Understand Random-Match-Probabilities and Judges' Directions when Reasoning about DNA and Refuting Evidence", *Journal of Forensic Science & Criminal Investigation*, 2017, 3(5), ps. 555-601; Valerie P. HANS, "Judges, Juries, and Scientific Evidence", *Cornell Law Faculty Publications*, paper 302 (2007); Filipe Jaeger ZABALA, e Fabiano Feijó SILVEIRA, " Jurimetria: Estatística Aplicada ao Direito", *Revista Direito e Liberdade,* v. 16, n. 1, jan./abr. 2014, ps. 87-103; Maya BAR-HILLEL, "The Base-Rate Fallacy in Probability Judgments", *Acta Psychologica*, 44 (1980), ps. 211-233; e Leila SCHNEPS, e Coralie COLMEZ, *Math on Trial:* how numbers get used and abused in the courtroom, New York: Basic Books, 2013.

[84] KAHNEMAN, *Rápido e Devagar,* p. 205.

[85] Por exemplo, as pessoas tendem a julgar que, conforme uma descrição de uma mulher (formada em filosofia, e atuante em movimentos estudantis contra discriminação e por justiça social), é mais provável que ela seja caixa de banco e feminista, do que apenas caixa de banco. Se o segundo conjunto engloba por inteiro o primeiro, a probabilidade deveria indicar o inverso (*Idem*, ps. 198-199).

[86] *Idem*, ps.196-197.

[87] "Como em muitos outros jogos, agir primeiro é uma vantagem em negociações envolvendo uma única questão – por exemplo, quando o preço é a única coisa a ser acertadas entre um comprador

Regressão à média. Costumamos vincular interpretações causais também a flutuações inevitáveis de um processo aleatório. Em esporte, uma sequência bem sucedida de um jogador pode ensejar julgamentos de que sua performance será ainda melhor ou, no mínimo, de mesmo nível. O padrão, porém, é que situações extremas regridam à média, demonstrando sua excepcionalidade, de sorte ou acaso.

> [...] nossa mente é fortemente propensa a explicações causais e não lida bem com "meras estatísticas". Quando nossa atenção é exigida por algum evento, a memória associativa procura sua causa – mais precisamente, a ativação vai propagar automaticamente para qualquer causa que já esteja armazenada na memória. Explicações causais serão evocadas quando a regressão é detectada, mas estarão erradas, pois a verdade é que a regressão à média possui uma explicação mas não possui uma causa.[88]

A constatação da regressão à média contribui para "domar" previsões intuitivas: "previsões intuitivas precisam ser corrigidas porque não são regressivas e desse modo são parciais. [...] As previsões são tão extremas quanto a evidência".[89]

Da mesma forma que a desconsideração das taxas-base estatísticas, o controle da previsões intuitivas envolve considerar os padrões médios do que está sendo estimado e compará-los com a previsão intuitiva através da evidência existente:

> No caso default de nenhuma evidência útil, você fica com a linha de base.

---

e um vendedor. Como você talvez já tenha experimentado ao negociar pela primeira vez em um bazar, a âncora inicial tem um efeito poderoso. Meu conselho para alunos quando os ensinava a negociar era que se você achasse que a outra parte havia feito uma proposta exorbitante, não devia devolver com uma contraproposta igualmente disparatada, criando um abismo que tornaria difícil fazer uma ponta em futuras negociações. Em vez disso você deve fazer uma cena, ir embora furioso ou ameaçar fazê-lo, e deixar claro – para si mesmo, tanto quanto para a outra parte – que não continuaria a negociação com aquele número na mesa.

"Os psicólogos Adam Galinsky e Thomas Mussweiler propuseram mais maneiras sutis de resistir ao efeito de ancoragem nas negociações. Eles instruíram os negociadores a focar sua atenção e buscar na memória argumentos contra a âncora. A instrução para ativar o Sistema 2 foi bem-sucedida." (*Idem*, ps. 161-162).

[88] *Idem*, p. 231.

[89] *Idem,* p. 241.

> No outro extremo, você fica também com sua previsão inicial. Isso vai acontecer, é claro, apenas se você permanecer completamente confiante em sua previsão inicial após uma revisão crítica da evidência que a apoia. Na maioria dos casos você encontrará algum motivo para duvidar de que a correlação entre seu julgamento intuitivo e a verdade é perfeita, e você acabará em algum lugar entre os dois polos.[90]

Kahneman sugere que nem sempre as previsões sem vieses devem ser preferidas: "Uma preferência por previsões imparciais é justificada se todos os erros de previsão são tratados igualmente, independente de sua direção. Mas há situações em que um tipo de erro é muito pior do que outro".[91] Essa cautela é especialmente relevante para este trabalho, já que esses tipos de avaliação e julgamentos, como veremos, é essencial para avaliar as chances de sucesso em uma adjudicação e compará-las com um acordo.[92]

Vieses de confiança. O modo automático e intuitivo de funcionamento do Sistema 1 também contribui para um viés generalizado das pessoas em serem otimistas, em exagerarem em sua confiança:

> Confiança subjetiva em um julgamento não é uma avaliação raciocinada da probabilidade de que esse julgamento esteja correto. Confiança é um sentimento que reflete a coerência da informação e o conforto cognitivo de processá-la. É sábio levar a sério as admissões de incerteza, mas as declarações de confiança elevada informam acima de tudo que um indivíduo construiu uma história coerente em sua mente, não necessariamente que essa história seja verdadeira.[93]
>
> *Superconfiança* é outra manifestação de WYSIATI: quando estimamos uma quantidade, nos apoiamos na informação que nos vem à mente e construímos uma história coerente em que a estimativa faz sentido. Admitir a informação que não vem à mente – talvez porque a pessoa não disponha dela – é impossível.[94]

---

[90] *Idem*, p. 243.

[91] *Idem*, *ibidem*.

[92] *Infra*, item 4.2.

[93] KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 265.

[94] *Idem,* p. 327.

Esse viés tem bastante interseções com a temática deste trabalho. Escolher entre um resultado adjudicado e um resultado de consenso depende das informações disponíveis e das estimativas das partes, o que é influenciado pelo excesso de otimismo e de confiança. Isso não significa que a superconfiança seja inerentemente negativa,[95] mas é algo a ser cuidadosamente considerado pelas partes na escolha a ser feita.

A superconfiança é um viés natural do funcionamento do Sistema 1, podendo ser domada. "O principal obstáculo é que a confiança subjetiva é determinada pela coerência da história que a pessoa construiu, não pela qualidade e quantidade da informação que a sustenta".[96]

Em grupos, "a supressão da dúvida contribui para a superconfiança [...] onde apenas os partidários da decisão têm voz." Devem-se buscar formas de legitimar as dúvidas e encorajar "os partidários da decisão a procurar possíveis ameças que não haviam considerado anteriormente".[97]

Também creditados ao excesso de confiança são os vieses retrospectivo (*hindsight bias*) e de resultado (*outcome bias*). Avaliamos a acurácia das capacidades de previsão que possuímos com base em fatos e informações que confirmam os resultados previstos, ou a avaliar os resultados negativos de forma excessivamente dura.[98]

Esse conjunto de vieses é igualmente considerado pelos estudiosos como viés de autoconveniência (*self-serving bias*), que nos leva a considerar as

---

[95] "Os efeitos do otimismo elevado na tomada de decisões são, quando muito, uma faca de dois gumes, mas a contribuição do otimismo para uma boa implementação é sem dúvida positiva. O principal benefício do otimismo é a resiliência em face dos reveses." (*Idem*, p. 329).

[96] *Idem*, p. 330.

[97] *Idem*, p. 331.

[98] "O viés retrospectivo apresenta efeitos perniciosos nas estimativas dos tomadores de decisão. Leva os observadores a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólidom as se o desfecho foi bom ou ruim. [...]

"A percepção tardia é particularmente cruel com tomadores de decisão que desempenham o papel de agentes para outros [...]. Somos propensos a culpar os tomadores de decisão por boas decisões que funcionaram mal e a lhes dar pouco crédito por medidas bem-sucedidas que parecem óbvias apenas após o ocorrido." (*Idem*, ps. 254-255).

informações disponíveis conforme elas beneficiam nossos julgamentos e decisões prévias.

Todos esses vieses da confiança são ainda mais atuantes em “ambientes de baixa validade”, em que as incertezas e a imprevisilidade são elevadas, casos em que “a precisão dos especialistas foi equiparada ou superada por um simple algoritmo”.[99] Isso decorre da tentativa dos especialistas em serem “inteligentes, pensar[em] fora da caixa e considera[re]m combinações complexas de características para fazer[em] suas previsões. A complexidiade pode funcionar em um ou outro caso, mas na maioria da vezes reduz a validade”.[100]

Isso levanta a questão da confiabilidade da previsão de um especialista, de sua habilidade para intuir resultados em situações complexas e incertas: tudo depende da regularidade do ambiente (menos incertezas) e oportunidade de aprendizado por prática prolongada, com *feedbacks* constantes:[101]

> Se o ambiente é suficientemente regular e se aquele que julga teve oportunidade de aprender acerca de suas regularidades, o maquinário associativo irá reconhecer situações e gerar previsões e decisões rápidas e precisas. Você pode confiar nas intuições de alguém se essas condições forem atendidas.
>
> Infelizmente, memória associativa também gera intuições subjetivas convincentes que são falsas. [...] Ao avaliar a intuição de um especialista, você deve sempre considerar se há uma oportunidade adequada para aprender os indícios, mesmo em um ambiente regular.
>
> Em um ambiente menos regular, ou de baixa validade, as heurísticas do julgamento são invocadas. O Sistema 1 é com frequência capaz de produzir respostas rápidas para perguntas difíceis por substituição, criando coerência onde não há nenhuma. A questão que é respondida não é a que se pretendia, mas a resposta é produzida rapidamente e pode ser suficientemente plausível para passar pela inspeção frouxa e tolerante do Sistema 2. [...] Eis por que confiança subjetiva não é um bom diagnóstico

---

[99] *Idem*, p. 278.

[100] *Idem*, ps. 279-280.

[101] Aqui, importante retomar o esquema do guia do comportamento apresentado no item 3.1., *supra*: ambiente com regularidade implica em maior probabilidade objetiva, que é julgada de forma mais acurada pelo sujeito; e capacidade de aprendizado liga-se aos resultados do comportamento, aos incentivos e às punições.

> de precisão: julgamentos que respondem à pergunta errada também podem ser feitos com confiança elevada.[102]

Como discutiremos no capítulo 4, os incentivos comportamentais existentes no sistema processual, para uma boa escolha entre a adjudicação e o consenso, contribuem para reforçar os vieses dos especialistas, os profissionais do direito, trazem resultados desfavoráveis para as partes.

Contabilidades mentais. Outro aspecto da diferença da racionalidade econômica padrão e o modo de funcionamento da mente humana decorre de alguns vieses que Richard Thaler engloba sob o conceito de "contabilidade mental".

Isso envolve, em primeiro lugar, a diferença entre utilidade de aquisição e utilidade de transação. "Utilidade de aquisição [...] é a parcela que sobra após o custo de oportunidade – ou seja, o valor referente àquilo do qual desistimos – ser subtraído da utilidade estimada do objeto adquirido"; já a utilidade de transação "é definida como a diferença entre o preço efetivamente pago pelo objeto e o preço que normalmente se esperaria pagar, o *preço de referência*".[103] Diferenças nos custos de transação (como descontos) influencia na vivência dos gastos como perda ou ganhos – ou como não perdas.

É isso que explica também a falácia dos custos afundados (*sunk cost fallacy*), em que um valor gasto, não mais recuperado, ainda é considerado na avaliação econômica da pessoa.[104] Os custos afundados dependem de desgastes com o tempo, mas não devem ser desconsiderados pelos tomadores de decisão e, em especial, pelos arquitetos de escolha.

---

[102] *Idem*, ps. 302-303.

[103] THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, p. 73. "[...] todas as decisões econômicas são tomadas através da lente dos custos de oportunidade. O custo de um jantar e cinema esta noite não se resume apenas ao desembolso financeiro – depende também dos usos alternativos desse tempo e dinheiro." (*Idem*, p. 71).

[104] "Pagar US$100,00 pelo ingresso de um show ao qual você não vai transmite a sensação de perder US$100,00. Para continuar a analogia da contabilidade financeira, quando você compra o ingresso e então deixa de usá-lo, você precisa 'reconhcer a perda' no livro-caixa mental que está mantendo. Ir ao evento lhe permite ajusta essa contabilidade sem assumir uma perda.

"Da mesma maneira, quanto mais você usa uma coisa pela qual pagou, melhor se sente em relação à transação". (*Idem*, p. 80).

Enquadramento. Tendo em vista o modo de funcionamento do Sistema 1, automático e intuitivo, ele lida de forma limitada com muitas informações. Quando precisa decidir entre várias opções é mais fácil compará-las em poucas variáveis ou uma opção com outra em separado (*enquandramento estreito*) do que comparar muitas variáveis, de categorias diversas, ou muitas opções entre si (*enquadramento amplo*).

Quando há a mudança do enquadramento, pode haver reversões de preferências e expectativas, pelo funcionamento inerente do Sistema 1, sem um controle forte pelo Sistema 2.

Essas constatações levam a algumas reflexões no âmbito do direito, já que mudanças no enquadramento podem levar a julgamentos injustos, de situações que não deveriam ser julgadas de forma tão distinta.[105] Por isso devemos tomar cuidado ao fazer as escolhas do grau de mandatoriedade da audiência de mediação: deixar ao arbítrio dos sujeitos processuais (advogados e juízes) pode causar seleções injustas dependendo dos vieses e do enquadramento selecionado; da mesma forma, os incentivos selecionados às partes podem levar a resultados semelhantes.

Viés do *status quo*. Tendo em vista o modo como os Sistemas 1 e 2 se inter-relacionam, em muitas questões que envolvem opções por escolhas diversas, há comodidade em manter a situação presente, reforçando o *statuo quo*. Como na física, a inércia é poderosa na tomada de decisões: “as pessoas [...] apegam-se àquilo que têm a menos que haja uma boa razão para mudar, ou mesmo uma boa razão para trocar.”[106]

---

[105] “[...] a racionalidade é geralmente ajudada por quadros mais amplos e mais abrangentes, e a avaliação conjunta é obviamente mais ampla do que a avaliação isolada. Claro que você deve ser cauteloso sobre avaliação conjunta quando alguém que controla o que você vê tem um interesse constituído no que você escolhe. [...] A não ser por esses casos de manipulação deliberada, há uma pressuposição de que o julgamento comparativo, que necessariamente envolve o Sistema 2, tem mais probabilidade de ser estável doque avaliações isoladas, que muitas vezes refletem a intensidade de respostas emocionais do Sistema 1. Seria de esperar que qualquer instituição que desejasse evocar julgamentos conscienciosos procuraria municiar quem julga de um contexto amplo para as avaliações dos casos individuais.” (KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 452).

[106] THALER, *Misbehaving, ob. cit.*, p. 168.

Viés do presente. A última questão psicológica que devemos abordar é a que envolve as escolhas intertemporais, a capacidade de uma pessoa escolher entre resultados presentes e resultados atrasados no tempo.[107]

O valor da escolha futura é comparado com a escolha presente, aquele trazido para este com uma taxa de desconto, já que o valor experimentdo agora vale mais do que mais tarde.[108] E esse desconto não é fixo, mas variável conforme o tempo: "se as pessoas descontam do futuro taxas que variam com o tempo, então pode ser que os indivíduos não se comportem de forma consistente, ou seja, podem mudar de ideia à medida que o tempo avança".[109]

O desconto do tempo é hiperbólico, ou seja, "cujo padrão é começar alto e então declinar", o que causa o viés do presente.[110]

Esse padrão causa sérias limitações de compromissos e autocontrole, de uma pessoa manter o planejamento inicial e não reverter suas expectativas. Para evitar esses vieses, há duas ferramentas: "tentar influenciar nas decisões que [...] tomam mediante recompensas ou penalidades (financeiras ou outras), o que ainda lhe permite *arbítrio*; ou [...] impor *regras*, tais como estratégias de comprometimento, que limitem as opções".[111]

---

[107] Ao invés de simplesmente falarmos em recompensas presentes e recompensas atrasadas, utilizados o termo "resultado", utilizado no esquema do guia do comportamento do item 3.1., *supra.* Isso decorre da existência de uma série de estudos de escolha animal, que analisam a questão do autocontrole e da escolha intertemporal – não dependendo somente de recompensas, como água ou comida, mas também de punições, como choques elétricos ou cansaço físico. Um resumo desses experimentos com animais pode ser lido em RACHLIN, *Judgment, decision and choice, ob. cit.*, ps. 169-186.

[108] "Decisões que não produzem a melhor experiência possível e prognósticos errôneos de futura sensações – ambas são más notícias para os adeptos da racionalidade da escolha. [...] Gostos e decisões são moldados pelas lembranças, e as lembranças podem estar erradas. A evidência representa um profundo desafio à ideia de que os humanos têm preferências consistentes e sabem como maximizá-las, um dos fundamentos do modelo de agente racional. Há uma inconsistência incorporada ao design de nossas mentes. Temos fortes preferências acerca da duração de nossas experiências de dor e prazer. Queremos que a dor seja breve e que o prazer dure. Mas nossa memória, uma função do Sistema 1, evoluiu para representar o momento mais intenso de um episódio de dor ou prazer (o pico) e as sensações quando o episódio estava em seu final. Uma memória que negligencie a duração não terá utilidade para nossa preferência por longos prazeres e sofrimentos curtos". (KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, ps. 480-481).

[109] THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, p. 104.

[110] *Idem*, p. 106.

[111] *Idem*, p. 120.

Como veremos,[112] o viés do presente é um elemento que não deve ser desconsiderado na estruturação da melhor arquitetura de escolha para incentivar a decisão entre uma solução adjudicada e uma solução consensual. Resta ponderar as ferramentas disponíveis com os valores públicos e a normatividade adequada do procedimento decisório.[113-114]

2.2.3. Moralidade rápida e devagar: pragmatismo profundo

A duplicidade de funcionamento do cérebro, entre o Sistema 1, automático e intuitivo, e o Sistema 2, lento e calculista, também gera consequências para as concepções morais das pessoas. Já que moralidade possui muitas ligações com emoções, é de se esperar que muitos comportamentais morais e éticos sejam decorrência do modo automático de pensamento.[115]

---

[112] Item 4.5., *infra.*

[113] É o que retoma a discussão sobre o grau de mandatoriedade da audiência de mediação. Limitar as opções pode ser importante para garantir mais tentativas de acordo, mas qual o grau aceitável de limitações ao acesso à justiça?

Quanto a isso, interessante considerar o experimentos de autocontrole com animais, referidos na nota 173, *supra.* Em alguns experimentos, o animal era forçado, conforme a alteração dos padrões de tempo (*n* segundos para opção *x* e *n+1* segundos para a opção *y*) para a escolha de cada opção (a tecla a apertar), a excluir alguma alternativa. Por exemplo, ao selecionar a opção *x,* com *n* segundos, o animal não excluía a possibilidade de, após esses *x* segundos, mudar para a opção *y*, a outra tecla. Já com a mudança temporal para *n+1* havia a exclusão da possibilidade de alteração do comportamento, com eliminação completa de trocar de uma tecla para a outra (a tecla era desativada). Isso traz questões complexas em direito, sobre a possibilidade de eliminar alguma opção – como seria o caso de mediação obrigatória, com acordo obrigatório, sem decisão adjudicada; ou o contrário, sem possibilidade de ser admitidos acordos após certo momento processual.

[114] Por fim, há ainda a teoria dos prospectos e suas contribuições para a decisão na incerteza. Deixamos esta questão para o item 4.2. abaixo, por questões de clareza da exposição. Há ligações que devem ser feitas com as escolhas das partes entre um acordo ou a adjudicação, e a teoria dos prospectos traz aspectos importantes para esse debate.

[115] "[...] uma variedade de emoções morais e outras tendências automáticas – da empatia e da impetuosidade ao desejo irresponsável de fofocar – trabalham juntas para permitir a cooperação no interior de grupos. Se essa visão da moralidade estiver correta, nossa reação negativa ao ato de empurrar pessoas inocentes de passarelas é apenas um de nossos impulsos promotores de cooperação. [...] Faz sentido possuirmos essas tendências automáticas, afiadas por milhares de anos de evolução biológica e cultura. Mas por que elas não são suficientes? Por que dar atenção ao pensamento moral consciente e deliberado?

Joshua Greene descreve em detalhes essas diferenças, a partir de uma série de experiências de “bondologia” – dilemas morais envolvendo o desvio de um bonde, entre salvar cinco pessoas, mas matando uma pessoa.

Numa análise puramente raciocinante do Sistema 2, utilitaristicamente a escolha entre salvar cinco pessoas é melhor do que não matar uma pessoa, por efeito adverso.

Mas os experimentos de bondologia apresentam resultados de aprovação moral distintos pelas pessoas participantes, conforme as circunstâncias envolvidas: o dilema da passarela, que envolve empurrar uma pessoa da passarela no trilho do trem, para bloquear o bonde desgovernado e assim salvar cinco pessoas, gera reações intuitivas morais diversas do que o dilema do interruptor, que envolve desviar o bonde por um botão, matando uma pessoa no trilho secundário e salvando cinco pessoas no trilho anterior. Por que há respostas morais distintas, apesar de o resultado numérico final ser idêntico (na comparação de cinco contra um)?

Trata-se de um dilema antigo da filosofia moral, entre deontológicos e utilitaristas. Para este trabalho, não é necessário retomar todas as questões filosóficas envolvidas, mas apenas resumir o argumento de Greene: o sistema dual de funcionamento do cérebro gera uma miopia modular moral, o que contribui para as distinções morais traçadas pelos filósofos, quanto a não utilizar seres humanos como meios para outros fins (o que justifica o dilema moral de empurrar o sujeito da passarela); mas que não identifica o mesmo problema moral no dilema do interruptor, porque o Sistema 1 não é capaz de identificar a cadeia causal secundária gerada com o desvio da cadeia principal pelo acionar do interruptor:[116]

“Em um mundo ideal, você só precisaria da intuição moral, mas, no mundo real, há benefícios em ter um cérebro de processo dual.” (GREENE, *Tribos Morais*, *ob. cit.*, p. 138). Os benefícios, segundo Greene, decorrem da tensão entre eficiência e flexibilidade: o Sistema 1 é eficiente, mas pouco flexível; o Sistema 2 é flexível, mas pouco eficiente. A tensão da moralidade decorre dessa duplicidade.

[116] Isto é, embora a sequência de atos seja bastante semelhante – envolvendo ação da pessoa para ou empurrar o sujeito que bloqueará o trilho e salvará cinco pessoas, ou ação de mover o interruptor que desviará o bonde e salvando cinco pessoas – o ato de desviar o bonde gera uma cadeia paralela, na qual a pessoa que interromperá a trajetória do bonde será acertada. (*Idem*, ps. 239-241).

> [...] temos um sistema automático que "inspeciona" planos de ação e soa o alarme sempre que detecta um evento prejudicial (por exemplo, atroplar alguém com um bonde). No entanto [...], esse inspetor de planos de ação é relativamente simples, um sistema de "canal único" que *não acompanha múltiplas cadeias causais.* Ou seja, *não pode acompanhar planos de ação ramificados*. Em vez disso, ao ser confrontado com um plano de ação para inspeção, *só vê o que está na cadeia causal primária*.[117]

Segundo Greene, isso explica porque a reação moral das pessoas é mais negativa ao dilema simples da plataforma do que ao dilema do interruptor; e, ao mesmo tempo, porque há diferenças do esquema da plataforma com um esquema de circuito (em que o interruptor desvia o bonde, matando uma pessoa num trilho secundário, mas que retornaria para o trilho principal, atingindo as cinco pessoas a serem salvas, não fosse a pessoa existente no trilho secundário). O esquema do circuito, embora dependa da pessoa do trilho secundário como meio para salvar as pessoas do trilho principal, não é incluída na cadeia causal primária.[118]

A distinção entre os eventos decorre do módulo dual, da interrelação do Sistema 1 com o Sistema 2:

> O módulo míope é apenas uma configuração automática, um dispositivo que determina se o alarme emocional deve ser soado. Mas há também o outro lado da história do processo dual, o modo manual do cérebro. [...] esse sistema é projetado para a maximização de modo geral, para contabilizar custos e benefícios. Como tal, é perfeitamente capaz de vez efeitos secundários. O modo manual sabe o que é um efeito secundário e o que não é, mas não "dá bola" se um evento, como atropelar alguém com um bonde, é meio ou efeito secundário. [...] O modo manual maximizador diz a mesma coisa em resposta a todos esses casos: "Cinco por um? Bom negócio." E, repetindo, o modo manual tende a prevalecer, desde que não haja alarmes sendo disparados e enviando a mensagem oposta. É por isso que tendemos a dar respostas utilitaristas no caso do interruptor e do circuito, mas não no da passarela.
>
> [...] Para cada ação há muitos, muitos efeitos secundários previsíveis. Assim, acompanhar tanto os efeitos secundários quanto os pretendidos

---

[117] *Idem*, p. 242.

[118] "Como o evento prejudicial não está na cadeia causal primária, o módulo míope não consegue vê-lo. Repetindo, o evento prejudicial no caso do circuito é um meio *estruturado como efeito secundário*, e assim invisível para o módulo míope". (*idem*, p. 244).

> faria com que o trabalho do módulo aumentasse muitas, muitas vezes. Isso o impediria de operar com eficiência, o que é uma exigência, dada sua função.
>
> A segunda coisa que tornaria muito difícil para o inspetor de planos de ação analisar todas as ramificações é o fato de que isso exigiria um tipo de sistema de memória muito mais sofisticado, algo como o que os cientistas da computação chamam de "fila", um sistema para armazenar itens que devem ser processados em uma ordem particular. [...] Esse tipo de processamento só é possível se a cadeia for mesmo linear. Se ela se *ramificar*, então é preciso haver um estoque de memória que mantenha uma tarefa em suspenso (descer ao segundo ramo da cadeia) e se lembre de retornar a ela uma vez que a primeira tarefa (descer ao primeiro ramo da cadeia) esteja completa. Realizar esse tipo de multitarefa, com objetivos principais e subordinados, é fácil para computadores, mas um desafio real para cérebros animais. É, todavia, algo que o modo manual humano faz muito bem. Mesmo assim, seria difícil, talvez impossível, para um simples módulo cognitivo, uma configuração automática, fazer isso.[119]

O mesmo sistema dual da mente também justifica distinções filosófico-morais entre ação e omissão (não fazer), em que os atos prejudiciais são mais moralmente rejeitados do que as omissões prejudiciais.[120]

Toda essa dualidade complexa do funcionamento do cérebro leva às conclusões de que "nossas intuições morais são em geral sensíveis, mas não infalíveis. [...] podemos imaginar exemplos que explorem sua inflexibilidade cognitiva [...], imaginar uma ação hipotética que seja de fato boa, mas pareça terrivelmente, horrivelmente errada porque aperta nossos botões morais."[121]

---

[119] *Idem*, ps. 245-247.

[120] "Omissões, ao contrário de ações, não possuem propriedades sensoriais e motoras distintas e, em consequência, carecem de ao menos um tipo de gatilho emocional. Além disso, essa distinção sensorial e motora básica entre ações e omissões pode se estender ao reino dos comportamentos mais fisicamente amorfos, dependendo de como são contextualizados.

"[...] A hipótese, então, é que omissões prejudiciais não apertam nossos botões morais emocionais da mesma maneira que ações prejudiciais. Representamos ações de uma maneira motora e sensorial básica, mas omissões são representadas de forma mais abstrata. Além disso, a diferença no modo como representamos ações e omissões não tem nenhuma relação com a moralidade, mas apenas com os limites cognitivos gerais de nosso cérebro – um cérebro que simplesmente não poderia acompanhar todas as ações que falhamos em realizar e que, originalmente, evoluiu como mecanismo sensorial e motor, não como mecanismo de pensamento abstrato. De novo, parece que uma sacrossanta distinção moral pode ser apenas um subproduto cognitivo." (*Idem*, ps. 252-253).

[121] *Idem*, p. 259.

Essas tensões de situações morais difíceis, de reações automáticas negativas a comportamentos que sejam, no pensamento manual utilitarístico de maximização de custos e benefícios, não devem ser ignoradas na tomada de decisão – tanto pelos sujeitos que se comportam, quanto na escolha de políticas públicas por arquitetos de escolha.

Para resolver essa tensão, Greene propõe seu conceito de pragmatismo profundo, "colocar de lado nossas respectivas ideologias e fazer aquilo que funciona melhor [... e] partilhar um padrão moral [...] de *metamoralidade*, [... para] nos ajudar a fazer escolhas difíceis, *compromissos* entre valores tribais conflitantes":[122]

> [...] a estratégia do pragmatismo profundo é buscar o acordo em valores partilhados. [...] uma *moeda comum* para avaliar valores conflitantes. [...] essa é a genialidade do utilitarismo, que estabelece uma moeda comum baseada na *experiência.* [...] todos nos importamos com a experiência, tanto a nossa quanto a alheia. Todos queremos ser felizes. Nenhum de nós quer sofrer. E nossa preocupação com a felicidade e o sofrimento está por trás de quase tudo que valorizamos, embora ver isso exija alguma reflexão. Podemos pegar esse cerne de valor pessoal e transformá-lo em um valor *moral* ao valorizar sua *imparcialidade*, injetando nele a essência da regra de ouro: sua felicidade e seu sofrimento não importam nem mais nem menos que os dos outros. Por fim, podemos transformar esse valor moral em um *sistema* moral ao passá-lo pelo aparato otimizador de resultados do córtex pré-frontal humano [o Sistema 2]. Isso gera uma filosofia moral que ninguém ama, mas todo mundo "saca" – uma segunda linguagem moral que os membros de todas as tribos podem falar. Nossas respectivas tribos possuem instituições morais diferentes, configurações morais diferentes, e é nelas que reside o conflito. Mas, felizmente para nós, podemos usar o raciocínio de modo manual para chegar a acordos com nossas "cabeças", a despeito das irreconciliáveis diferenças em nossos "corações". Esta é a essência do pragmatismo profundo: buscar terreno comum não onde pensamos que ele deveria estar, mas onde de fato está.[123]

---

[122] *Idem*, ps. 297-298.

[123] *Idem*, ps. 298-299.

As dificuldades da metamoralidade proposta por Greene não são ignoradas por ele, que reconhece que “a disposição indiscriminada para o compromisso não é uma virtude”, o que torna o adjetivo “profundo” essencial, pois “um pragmatista precisa de uma filosofia moral explícita e coerente, um segundo compasso moral que forneça direção quando não se pode confiar nos instintos”,[124] envolvendo a retroalimentação do Sistema 2.

Isso pode gerar posturas contraditórias, ao exigir a atuação do modo manual (o Sistema 2) em muitos momentos, prejudicando a eficiência que exige não realizar cálculos utilitaristas a todo momento. É para isso que é necessário a distinção das questões a serem enfrentadas pela metamoralidade, dos valores em choque e em qual sentido:

> Depende do tipo de problema que estamos enfrentando.
> [...] enfrentamos dois tipos fundamentalmente diferentes de problemas morais. O primeiro é “eu” *versus* “nós”. Esse é repetindo, o problema básico da cooperação, a tragédia dos comuns. Nosso cérebro moral soluciona esse problema primariamente por meio da emoção. Sentimentos [...] nos impelem a (às vezes) colocar os interesses alheios acima dos nossos. Do mesmo modo, sentimentos [...] nos impelem a isolar ou punir pessoas que valorizam mais o “eu” que o “nós”. Graças a essas configurações automáticas, mentimos, traímos, roubamos e matamos muito menos do que poderíamos fazer, e isso permite que o “nós” seja bem-sucedido.
> Problemas morais complexos são sobre “nós” *versus* “eles”. São nossos interesses contra os deles, nossos valores contra os deles ou ambos. É a tragédia moral moderna – a tragédia da moralidade do senso comum [...]. Aqui, nossos sentimentos e crenças díspares tornam a convivência difícil. Primeiro, somos tribais, incontritamente valorizando o “nós” acima do “eles”. Segundo, tribos diferentes cooperam em termos diferentes. [...] Terceiro, tribos diferem em seus “nomes próprios” – líderes, textos, instituições e práticas que investem de autoridade moral. Finalmente, todas essas diferenças levam a percepções tendenciosas sobre o que é verdadeiro e justo.
> [...] a chave para usar nosso cérebro moral é *combinar o tipo certo de pensamento com o tipo certo de problema*. Nossas emoções morais –

[124] *Idem*, ps. 299-300.

> nossas configurações automáticas – em geral são boas em restringir o egoísmo simples, evitando a tragédia dos comuns. Foi para isso que foram projetadas, tanto biológica quanto culturalmente. Então, quando o problema é "eu" *versus* "nós" (ou "eu" *versus* "você"), devemos confiar em nossas reações emocionais instintitvas, também conhecidas como *consciência* [...]. Quando se trata de "eu" *versus* "nós", confie em suas configurações automáticas.
>
> [...] Mas, quando se trata da tragédia da moralidade do senso comum – quando é "nós" *versus* "eles" -, é hora de deixar de confiar em nossos sentimentos instintivos e mudar para o modo manual. Como saber em que situação estamos? Essa pergunta tem uma resposta surpreendentemente simples: *controvérsia*. Quando alguém comete uma transgressão moral clara, como fraude ou assassinato, há um *problema* moral, mas não uma *controvérsia* moral. [...] Aqui, nossos instintos sobre o que é certo e errado provavelmente nos servirão bem.
>
> Todavia, quando há controvérsia, quando tribos inteiras discordam, você sabe que está nos novos pastos, lidando com "nós" *versus* "eles".E então é hora de passar para o modo manual. Por quê? Porque quando tribos discordam, quase sempre é porque suas configurações automátics dizem coisas diferentes, porque seus compassos morais emocionais apontam para direções opostas. Nesse caso, não podemos nos valer do senso comum, porque nosso senso comum não é tão comum quanto pensamos.[125]

E como podemos nos valer do sistema dual de moralidade e do pragmatismo profundo para avaliar a escolha do grau de mandatoriedade da audiência de mediação? Devemos reconhecer que se trata de uma escolha difícil e com controvérsias morais fortes.[126]

---

[125] *Idem*, ps. 301-302.

[126] Todo o capítulo 2, *supra*, envolvia a discussão desses problemas da controvérsia moral.

2.3. ESCOLHAS DIFÍCEIS

Anteriormente, dissemos que uma parte considerável das críticas das ciências comportamentais às teorias econômicas padrão decorria do fato de uma única teoria ser utilizada tanto para propósitos descritivos quanto normativos.

Veja-se, quanto a isso, as proposições de Steven Shavell:

> *Análise descritiva*. Quando consideramos as questões descritivas nos modelos, geralmente se aceita que os atores são 'racionais'. Isto é, eles estão olhando a frente e se comportando para maximizar sua utilidade esperada. Dada a caracterização do comportamento do indivíduo como racional, a influência das regras legais no comportamento pode ser apurada. Isso pode ser feito com a categoricidade no mundo dos modelos, porque todas as suposições sobre os desejos dos indivíduos, seu conhecimento, suas capacidades, e o ambiente foram explicitados. Por exemplo, saber se uma pessoa dirige cuidadosamente será determinável, já que terá sido afirmado como é difícil para ela tomar precauções, bem como se a pessoa estará ela própria em risco de prejuízos de um acidente de automóvel, qual a regra de responsabilidade será aplicada, quais circunstâncias podem originar uma demanda judicial, se a pessoa possui seguro, e etc.
>
> *Análise normativa.* A avaliação das políticas sociais e, portanto, das regras legais, será tomada com referência a determinada medida de *bem-estar social*. Diz-se que uma regra legal será superior a outra se o resultado da primeira for de um nível superior na medida determinada de bem-estar social.
>
> Assim, deve logo ser notado que a análise normativa é *condicional* por natureza, no sentido de que a melhor regra legal pode depender do critério de bem-estar social em consideração. Se o objetivo social for simplesmente minimizar o número de acidentes de automóvel, a melhor regra pode bem envolver severas punições por causar um acidente, ao passo que se o objetivo social for também incluir os benefícios que as

> pessoas auferem por dirigir, a melhor regra muito provavelmente não vai envolver punições tão rigorosas por causar um acidente.[127]

A concepção da mente como um processo-dual, de dois sistemas distintos, ajuda a resolver o problema da separação de uma teoria descritiva e de uma teoria normativa. Além disso, a visão de que também a moralidade age por um processo dual, contribui para que os desafios normativos sejam enfrentados: para escolher os objetivos sociais e comportamentais a serem atingidos pelas regras legais – a medida do bem-estar social referida por Shavell.

Nesse ponto, concordamos com a posição de Erik Wolkart, de que o pragmatismo profundo, proposto por Joshua Greene com base na dualidade do processo da mente também nas questões morais, deve ser o modelo de pensamento a ser utilizado pelos estudiosos para definir as políticas públicas envolvendo o direito processual[128] – no tópico deste trabalho, a forma da integração dos mecanismos consensuais no processo adjudicatório judicial.

---

[127] SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law, ob. cit.*, ps. 1-2.

[128] "Nesse tipo de discussão, o *sistema 2* ancora sua racionalidade em determinados valores fornecidos pelo *sistema 1*, criando-se um debate que deixa de lado o que verdadeiramente importa: o bom funcionamento do sistema judicial, de acordo com as circunstâncias brasileiras. Quais os problemas e as virtudes do sistema de justiça brasileiro? Quais os benefícios concretos da adoção de um sistema de precedentes vinculantes? Quais os possíveis malefícios? Entre prós e contras, no geral, a adoção implicaria um sistema mais eficiente para a sociedade como um todo?

"Essas perguntas, para serem respondidas, precisam necessariamente do aporte de outras ciências, como a economia, a psicologia e a sociologia, além de pesquisas empíricas. Mais do que isso, essa resposta pode mudar ao longo do tempo, de acordo com as circunstâncias. Não há uma *resposta de fé* para esse tipo de questão. Qualquer princípio absoluto de direito processual do qual *não se arrede pé* parece mais escudo para as racionalizações dos instintos do *sistema 1* do que um argumento consistente.

"Em outras palavras: nas discussões difíceis de direito processual, argumentos *exclusivamente* valorativos ou principiológicos são um *passe livre intelectual*, um atalho preguiçoso e, por vezes, autoritário, que simplesmente deixa de lado o que realmente importa: a realidade. Pessoas não vivem argumentos. Vivem a vida. O que define a correção de um posicionamento sobre uma questão difícil é, em última instância, uma questão empírica.

"Por outro lado, o *pragmatismo profundo* reserva aos *direitos* um papel fundamental na sociedade: conferir segurança para temas que estejam mais ou menos assentados, não porque sejam verdades universais, mas porque, por razões práticas, os membros daquela determinada sociedade concordam com a solução e não estão dispostos a discuti-la a todo instante. Nesses casos, o risco de a escolha protegida com um direito ser incorreta é menor do que o risco de não haver uma firme resolução a respeito.

"Todavia, nos temas difíceis, para os quais não haja norma escrita ou jurisprudencial clara, o debate deve se centrar na pesquisa dos benefícios e dos malefícios daquele posicionamento para a sociedade. Nem sempre isso será possível, mas o esforço nunca será em vão. Durante o caminho, surge o aprendizado e, com ele, vêm as alternativas.

Ou seja, devemos avaliar a eventual mandatoriedade da audiência de deve considerar os efeitos da mandatoriedade nos objetivos de se garantir uma tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva, para possibilitar o acesso das pessoas à ordem jurídica justa. Simplesmente considerar que a mandatoriedade da audiência de mediação e de conciliação é incompatível com a adjudicação judicial ou que o princípio da voluntariedade da mediação é contraditório com a obrigatoriedade de haver uma tentativa de solução consensual representam posturas incompatíveis com um raciocínio pautado no pragmatismo produto.

Como a mandatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC não é uma questão pacífica, em que se admite a solução, sem, abertamente, concordar ou não com ela, o pragmatismo profundo traz estratégias para tentar superar o impasse. Devemos analisar esse impasse por um raciocínio mais detido, cuidadoso, considerando os aspectos de justiça e eficiência do procedimento, sem descuidar das limitações cognitivas e comportamentais das pessoas envolvidas no conflito.[129]

É esse desafio que nos propomos a enfrentar no capítulo seguinte.

"Essa será a abordagem que procuraremos dar aos temos difíceis de direito processual discutido neste trabalho. Uma abordagem pragmática, voltada à criação de incentivos cooperativos para a busca de um sistema de justiça civil capaz de entregar tutelas justas, efetivas e em prazo razoável, afastadas concepções absolutas de justiça, que são fruto do autoritarismo do *sistema 1.*" (WOLKART, *Análise Econômica do Processo Civil, ob. cit.*, ps. 211-212).

[129] É com isso que também podemos abarcar a questão envolvendo a suposta necessidade de mudança cultural: de cultura da sentença para cultura da pacificação. "Collective brains make us individually smarter even in the absence of any genetic evolution. Larger and more interconnected groups generate more tools, expanded bodies of know-how, and fancier techniques. These largers repertoires, once learned, equip individuals to solve (by themselves) more problems, including problems they couldn't otherwise solve. In the longer run, these culturally constructed worlds filled with concepts, techniques, procedures, and heuristics will favor genes for more-sophisticated cognitive abilities. However, let's put genes aside and assume them fixed. Cultural Evolution will still make us smarter. (HENRICH, *The Secret of our Success, ob. cit.*, ps. 228-229). Cultura é um conjunto de vários elementos, dentre os quais heurísticas, que são construídas coletivamente. Se heurísticas nos levam a comportamentos contraditórios ou "irracionais", uma atuação coletiva pode modificar esses comportamentos – ou seja, mudança cultural.

3. A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC ENTRE O COMPORTAMENTO DA PARTE E A ESCOLHA DO MÉTODO

3.1. A AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC: INCENTIVOS E LIMITAÇÕES

O Código de Processo Civil, com, dentre outros, os objetivos de fazer as pessoas conhecerem os meios consensuais de solução de conflitos e solucionar mais casos por meio de acordos, a fim de reduzir a quantidade de processos em tramitação, incluiu o incentivo de tais mecanismos como norma fundamental do processo civil, a ser observada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, CPC).

Como consideramos na introdução, os dados empíricos disponíveis não demonstram que tenha havido grandes mudanças no uso dos mecanismos consensuais após a vigência do atual CPC.

Isso nos trouxe a questão da existência de incentivos adequados para o comportamento dos sujeitos processuais e das partes no sentido pretendido, de mais tentativas de soluções consensuais serem feitas. Por que não houve mudanças sensíveis no número de audiências de mediação realizadas? Por que não houve aumento dos casos resolvidos por meio de acordo? Por que, apesar de manifestações favoráveis quanto à qualidade e às vantagens de uma audiência de mediação para as partes,[130] não são muitos os casos mediados?

---

[130] Como informamos na introdução, “Advogados entrevistados por conjunto de pesquisadores da Universidade de São Paulo em sua maioria informaram que o cliente demonstra interesse em

Nossa hipótese era de que o impacto da lei no comportamento das partes,[131] decorria dos incentivos inadequados para que as partes se comportem no sentido pretendido pelo legislador.

Os incentivos podem tomar várias formas, e a descrição esquemática do guia do comportamento[132] foi apresentada para demonstrar a importância de não se limitar as possibilidades de incentivos a serem consideradas pelo legislador – pelo arquiteto das escolhas.

Ao percebermos que o guia do comportamento não considera apenas os resultados do comportamento (as recompensas e as punições), mas também a forma como fazemos julgamentos sobre experiências passadas, probabilidades presentes e futuras, e estímulos diversos (estímulos discriminativos de sinais gráficos ou verbais, por exemplo), podemos analisar com mais clareza as limitações da escolha do legislador, em seus objetivos de incentivar mais tentativas de solução consensual dos conflitos.[133]

---

participar de mediação/conciliação (61,6% de respostas positivas) e que há mais vantagens que desvantagens em fazer uma conciliação (84,8% de respostas positivas).", notas 11 e 12.

[131] "People can respond to laws, rules, and orders. They can obey, they can disobey, they can ignore, they can evade. This is clearest in the case of criminal laws. In other áreas of law, we can talk in terms of use, nonuse, or misuse; also of avoidance, evasion, coping". (FRIEDMAN, *Impact*, p. 96).

[132] Item 3.1., *supra*.

[133] Os estímulos diversos para o comportamento, como dito, podem tormar diversas formas, atuando sobre os vários processos de *inputs* do guia do comportamento (as flechas direcionadas do ambiente para a pessoa). Obrigatoriedade e vedações atuam sobre a flecha da probabilidade objetiva – isto é, aumentando o resultado de algum evento para 100% ou 0%, respectivamente; incentivos econômicos, como prêmios e punições, atuam na flecha dos resultados (recompensas e punições).

Friedman, por exemplo, considera que os estímulos podem tomar a forma de três conjuntos de motivos para o comportamento da pessoa em resposta às leis: recompensas e punições/desincentivos, pressão dos pares (normas sociais), e atitudes internas e questões morais (como legitimidade do direito e cultura legal). Os problemas advêm dos conflitos entre esses conjuntos de motivos – o que explica a importância de diversificar o estudo dos estímulos para a tentativa de solução consensual. (FRIEDMAN, *Impact*, *ob. cit.*).

Para Sunstein, "some policies take the form of *mandates* and *bans.* [...] Other policies take the form of *econimics incentives* (including desincentives) [...]. Still other policies take the form of *nudges* – liberty-preserving approaches that steer people in particular directions, but that also allow them to go their own way." (Cass R. SUNSTEIN, *How change happens.* Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2019, p. 59). Sunstein, ao contrário de Friedman, não discorre sobre os conjuntos de pressão dos pares e de atitudes internas e morais das pessoas, mas esses estímulos influenciam na escolha dos incentivos apresentados por ele, ou seja, na definição da arquitetura de escolha defendida.

A importância de se estudar o comportamento e os vieses cognitivos é que nada disso é considerado isoladamente da pessoa, do modo como ela avalia esses incentivos ou estímulos, como guias fortes ou fracos do comportamento.[134]

É por isso que, anteriormente,[135] defendemos a visão de que não há contradição em termos na obrigatoriedade da audiência de mediação. Tudo depende da forma como é estruturado o grau de mandatoriedade, em conjunto com os estímulos sobre o comportamento aderente e o comportamento desviante, dentro das limitações cognitivas do sistema dual de funcionamento da mente.[136]

---

[134] "The first regulatory approach, incentives, is most suitable for individuals motivated by price considerations. According to this model, the individual's choice of behavior is based primarily on a cost-benefit calculation; thus, the regulatory approach should focus on deterring bad behavior while incentivizing good behavior. In that regard, it is most likely to resemble the calculative mindset. The second regulatory approach, focusing on people's considerations of morality and fairness, unsing concepts such as procedural and distributive justice when enacting and enforcing the law, is most suitable for the moral individual; its main assumption is that individuals want to be moral and helping them recognize the morality of law will increase their compliance. In that regard, this category is best suited for the genuinely moral individual. The third regulatory approach, the expressive function of the law, assumes that the dominant compliance motivation of individuals is to fit the social norm, focuses on changing the social meaning of certain behavior by changing their view of the situation as well as of the prevailing social norm. Therefore, it focuses on demonstrating to the individual that the prevailing norm, either quantitatively or qualitatively, is to obey the law. In the current context, this expressive effect of law could be said to be especially suitable for targeting the situation wrongdoers who are most sensitive to the situational and social cues about the ability not to comply in a given situation, given some assurance that such noncompliance is acceptable." (Yuval FELDMAN, *The Law of Good People*: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior. Cambridge, UK; New York, NY: Cambridge University Press, 2018, p. 62). O autor defende que há diversos tipos de comportamentos a serem enfrentados, conforme o tipo de pessoa considerada – indivíduos calculativos, desviantes situacionais e indivíduos genuinamente morais. Ao se perceber que o guia do comportamento envolve diversas concepções diferentes de comportamento, conforme os julgamentos e as decisões tomadas pelas pessoas, com suas limitações do sistema dual de funcionamento da mente, entende-se como não é possível usar apenas uma única forma de estímulo para incentivar as medidas pretendidas pelo legislador.

[135] Item 2.3., *supra.*

[136] "While behavioral insights are potentially relevant to any legal issue, there are two contexts where they appear to be particularly important in setting the law's goals: preventing the exploitation of people's cognitive biases by others, and protecting people from their own fallibility." (Eyal ZAMIR, e Doron TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 163). Evitar a exploração dos vieses comportamentais das pessoas por outras, e proteger as pessoas de sua própria falibilidade talvez resumam as questões polêmicas envolvendo o tema deste trabalho. Quando se debate, como Fiss, os pontos negativos, contra o acordo, grande parte da controvérsia diz respeito à exploração de uma pessoa por outras, por prejudicar a justiça, não considerar desequilíbrios de poder ou não haver representatividade adequada dos litigantes. Ao se defender a obrigatoriedade da tentativa da solução consensual, está-se pensando na proteção das pessoas de sua própria falibidade, já que, mesmo havendo concordância das pessoas de que a mediação por ser útil e contribuir para uma solução mais justa, as pessoas não optam voluntariamente por ela, na comparação com a adjudicação.

Com essas questões em mente, podemos examinar os possíveis limites dos estímulos escolhidos pelo legislador para as tentativas de solução consensual, em especial o artigo 334 do CPC.

Quanto a isso, ganha destaque a interpretação da obrigatoriedade da audiência (ou seja, o grau de mandatoriedade da audiência), a declaração ativa das partes sobre o interesse ou desinteresse na solução consensual, a punição por não comparecimento injustificado na audiência, e o momento processual da audiência, antes da contestação.

Todos esses elementos devem ser analisados como possíveis estímulos comportamentais, às partes e aos demais sujeitos processuais (em especial juízes e advogados), valendo-se dos aportes da análise do comportamento, da psicologia e da economia comportamentais.

Não se pode ignorar também que os incentivos à tentativa de solução consensual não são meramente uma escolha de segunda ordem entre a adjudicação e o consenso; envolvem também o resultado de um possível acordo, influenciam nos estímulos das partes para escolherem o melhor acordo.

Por isso é essencial começarmos pela questão: o que faz alguém escolher a adjudicação ou o acordo? É aí que entra a teoria dos prospectos e a escolha na incerteza.

3.2. TEORIA DA ESCOLHA NA INCERTEZA

Economicamente, diz-se que acordos dependem da existência de

> [...] uma zona de acordo positiva – um espectro de transferência de valores do réu para o autor de modo que ambos fiquem melhores do que se aguardassem o julgamento. A disposição da zona de acordo depende de três fatores: o modo como as partes calculam as probabilidades da adjudicação [favoravelmente ou não], os custos da litigância, e suas preferências em relação ao risco. De acordo com esse modelo, contanto que as partes compartilhem de uma avaliação comum dos potenciais riscos e recompensas de continuar com a litigância, elas irão calcular conjuntamente um valor esperado para o litígio. Nesse ponto, qualquer acordo acima do valor esperado *menos* os custos antecipados é desejável pelo autor, e qualquer acordo abaixo do valor esperado *mais* os custos antecipados é desejável ao réu. Assim, partes neutras ao risco ou avessas ao risco, com expectativas similares acerca do valor da adjudicação decorrente do não acordo, terá um incentivo a pactuar um acordo que aumenta com a magnitude da zona de acordo.[137]

Para entender essas questões, precisamos primeiro dar um passo atrás e analisar as diferenças entre a teoria econômica tradicional e os aportes da economia comportamental, com a teoria do prospecto ou teoria da perspectiva (*prospect theory*).[138]

Os estudos nesta área, de tomada de decisão na incerteza, ou sob risco, partem da concepção de que a aversão ao risco da maiora das pessoas, como a escolha entre um resultado certo ou uma aposta, a coisa segura será mais

---

[137] "The standard economic model of legal disputes posits that settlement occurs when there exists a positively valued settlement zone – a range of transfer amounts from defendant to plaintiff that leave both parties better off than they would be if they went to trial. The location of the settlement zone depends on three factors: the parties' probability distributions of award amounts, the litigation costs they face, and their risk preferences. According to this model, so long as the parties share a common assessment of the potential risks and rewards from continuing litigagion, they will assign a jointly held expected value to the litigation. At that point, any settlement above the expected value *minus* anticipated costs is desirable for a plaintiff, and any settlement below the expected value *plus* anticipated costs is desirable for the defendant. Therefore, risk-neutral or risk-averse parties with similar expectations regarding the award amount contingent on nonsettlement have an incentive to settle that increases with the magnitude of the settlement zone." (George LOEWENSTEIN, Samuel ISSACHAROFF, Colin CAMERER, e Linda BABCOCK, "Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining". *Journal of Legal Studies,* vol. 22, no.1, January 1993, ps. 135-136, tradução livre).

[138] Daniel KAHNEMAN, e Amos TVERSKY, "Prospect Theory: an Analysis of Decision under Risk". *Econometrica*, vol. 47, no. 2 (Mar. 1979), ps. 263-291.

escolhida, mesmo que seu valor esperado seja inferior ao da aposta.[139] Isso porque "as escolhas das pessoas estão baseadas não em seus valores monetários, mas nos valores psicológicos dos efeitos, em suas utilidades"[140] e a utilidade é dependente da variação dos valores, inversamente proporcional à quantidade inicial.[141]

O problema constatado pela teoria do prospecto é que, nesse modelo da utilidade esperada, falta a constatação de que a experiência de utilidade esperada pelas pessoas depende da mudança, do ponto de referência em relação ao qual devem ser comparadas as variações de valores – os ganhos e as perdas.[142] Com a inclusão do ponto de referência, entram em cena as influências psicológicas das heurísticas e dos vieses, o que explica como pode haver diferentes perspectivas, de aversão ao risco ou de busca do risco, apesar da utilidade esperada dos problemas ser a mesma.

> A variável que está faltando é o *ponto de referência,* o estado anterior relativo ao qual ganhos e perdas são avaliados. Na teoria de Bernoulli você precisa saber apenas o estado de riqueza para determinar sua utilidade, mas na teoria da perspectiva você precisa saber também o estado de referência. A teoria da perspectiva é assim mais complexa do que a teoria da utilidade. [...]
> [...] há três características cognitivas no coração da teoria da perspectiva. Elas desempenham um papel essencial na avaliação dos resultados financeiros e são comuns a diversos processos automáticos de percepção, juízo e emoção. Elas devem ser vistas como características operantes do Sistema 1.

---

[139] Por exemplo, o valor esperado de uma aposta de 80% de chance de ganhar 100 reais e 20% de chance de ganhar dez reais é 82 reais = 0,8x100 + 0,2x10; mas muitas pessoas preferiram receber 80 reais, valor inferior ao esperado (KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 340).

[140] *Idem*, *ibidem*.

[141] "[...] o valor marginal descrescente da riqueza [...] é o que explica a aversão ao risco – a preferência comum que as pessoas em geral exibem por uma coisa segura em vez de uma aposta favorável de valor esperado igual ou ligeiramente maior." (*Idem*, p. 341).

[142] "Em teoria da utilidade, a utilidade de um ganho é aferida comparando-se as utilidades de dois estados de riqueza. [...] Nessa teoria, concede-se que as utilidades de ganhos e perdas sejam diferenciadas apenas no sinal (+ ou -). Não há maneira de representar o fato de que a desutilidade de perder quinhentos dólares poderia ser maior do que a utilidade de ganhar a mesma quantia – embora é claro ela seja. Como talvez seja esperado em uma situação de cegueira induzida pela teoria, possíveis diferenças entre ganhos e perdas não foram nem esperadas, nem estudadas. Presumiu-se que a distinção entre ganhos e perdas não importava, então não fazia sentido examiná-la." (*Idem*, p. 347).

- A avaliação é relativa a um ponto de referência neutro, ao qual às vezes nos referimos como “nível de adaptação”. [...]
- Um princípio de sensibilidade decrescente se aplica tanto a dimensões sensoriais como à avaliação de mudanças de riqueza. [...]
- O terceiro princípio é aversão à perda. Quando diretamente comparadas ou ponderadas em relação umas às outras, as perdas assomam como maiores do que os ganhos.[143]

Pela teoria da perspectiva, o valor psicológico de ganhos e perdas são variáveis, conforme o ponto de referência, o *status quo*,[144] e as perdas são mais sentidas do que os ganhos, o produz um famoso gráfico elaborado por Kahneman e Tversky:[145]

[146]

[143] *Idem*, ps. 350-351.

[144] Ou uma expectativa de ocorrência no futuro. “A aversão à perda refere-se à força relativa de duas motivações: somos impelidos mais fortemente a evitar perdas do que a obter ganhos. Um ponto de referência às vezes é o *status quo*, mas também pode ser uma meta no futuro: não atingir uma meta é uma perda, superar a meta é um ganho. Como poderíamos esperar da dominância da negatividade, as duas motivações não são iguyalmente poderosas. A aversão ao fracasso de não atingir a meta é muito mais forte do que o desejo de superá-la”. (*Idem*, p. 377).

[145] KAHNEMAN e TVERSKY, *ob. cit.*, p. 279.

[146] Disponível em https://eumebanco.com.br/2020/07/08/teoria-do-prospecto-e-o-comportamento-do-investidor/, acesso em 08/07/2020.

> Se você se dispuser a procurar por ela, a intensidade assimétrica das motivações para evitar perdas e conquistar ganhos aparece quase em toda parte. É uma característica onipresente nas negociações [...]. Os termos existentes definem os pontos de referência, e uma mudança proposta em qualquer aspecto do acordo é vista inevitavelmente como uma concessão que um lado faz ao outro. A aversão à perda cria uma assimetria que torna os acordos difíceis de alcançar.
> [...] Aversão à perda é uma poderosa força conservadora que favorece mudanças mínimas do *status quo* nas vidas tanto das instituições como dos indivíduos. Esse conservadorismo ajuda a nos manter estáveis no bairro onde moramos, em nosso casamento e nosso emprego; é a força gravitacional que mantém nossa vida coesa junto ao ponto de referência.[147]

Esse conservadorismo, a manutenção do *status quo*, justifica vários do comportamentos dos sujeitos processuais na temática deste trabalho.[148] Neste ponto, é importante temos em perspectiva a noção do efeito dotação (*endownment effect*).

Em alguns mercados, para alguns bens, as pessoas valorizam-no mais quando os possuem do que quando não os possuem. Há diferenças entre bens e dinheiro para troca, quando são usados para a aquisição de outros bens, e bens para uso, para serem consumidos ou aproveitados.[149]

Mas isso não explica como situações de grandes perdas podem ser mais desejadas do que outras, ou como grandes ganhos, menos prováveis, podem ser mais desejados em relação a ganhos menores e mais certos. Ou seja, situações em que o conservadorismo não existe, em que o *status quo* incentiva as mudanças.

É que “os pesos de decisão que as pessoas atribuem a resultados não são idênticos às probabilidades desses resultados, contrariamente ao princípio da

---

[147] KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, ps. 379-381.

[148] Como veremos, é um dos aspectos que podem justificar a escolha da obrigatoriedade da audiência de mediação, pelo viés do *status quo*, que desincentiva as pessoas a mudarem uma regra padrão. Item 4.3., *infra.*

[149] *Idem*, ps. 366-367.

“A influência da aversão à perda e direitos adquiridos se estende muito além do domínio das transações financeiras. Os juristas reconheceram rápido seu impacto no campo do direito e da administração da Justiça”. (*Idem*, p. 385).

expectativa".[150] Em razão dos vieses cognitivos e das heurísticas do Sistema 1, as probabilidades objetivas não são avaliadas de forma matematicamente rigorosa pelos julgamentos das pessoas.[151]

Mudanças de probabilidade são sentidas de forma mais forte quando ocorrência nas bordas do expectro de 0% a 100%, isto é, há mais efeito psicológico na mudança de 0 a 5% (efeito de possibilidade), do que na mesma mudança entre 5% e 10%; igualmente, há mais peso na mudança de 95% para 100% (efeito de certeza) do que na mudança de 90% para 95%.[152]

Com base nessas constatações, de que "as pessoas atribuem valores a ganhos e perdas, mais do que a riqueza, e [que] os pesos de decisão que atribuem a resultados são diferentes de probabilidades",[153] Kahneman e Tversky propuseram o chamado padrão quádruplo, que combina as questões envolvendo riscos e perdas com as probabilidades diferentemente sentidas, o que explica muitos comportamentos que, segundo a teoria econômica do agente racional, seriam desviantes. O padrão quádruplo gera quatro cenários:

	GANHOS	PERDAS
ALTA PROBABILIDADE – Efeito de certeza	95% de chance de ganhar 10 mil dólares Medo de decepção AVERSÃO AO RISCO Aceitação de acordo desfavorável	95% de chance de perder 10 mil dólares Esperança de evitar perda BUSCA DE RISCO Rejeição de acordo favorável
BAIXA PROBABILIDADE – Efeito de possibilidade	5% de chance de ganhar 10 mil dólares Esperança de grande ganho BUSCA DE RISCO	5% de chance de perder 10 mil dólares Medo de grande perda AVERSÃO AO RISCO

[150] *Idem*, p. 389.

[151] Por isso a distinção, no esquema do guia do comportamento, item 3.1, *supra*, entre probabilidade objetiva e probabilidade subjetiva.

[152] "A combinação do efeito de certeza e dos efeitos de possibilidade nos dois extremos da escala de probabilidade é inevitavelmente acompanhada de uma sensibilidade inadequada a probabilidades intermediárias.
[...] "Probabilidades que são extremamente baixas ou altas (abaixo de 1% ou acima de 99%) são um caso especial. É difícil atribuir um único poeso de decisão a eventos muitos raros, pois eles às vezes são completamente ignorados, determinados na prática como tendo um peso de decisão zero. Por outro lado, quando você não ignora os eventos muito raros, certamente atribui um peso excessivo a eles." (*Idem*, p. 394).

[153] *Idem*, p. 395.

	Rejeição de acordo favorável	Aceitação de acordo desfavorável

KAHNEMAN, *Rápido e Devagar, ob. cit.*, p. 395.

Esse padrão que justifica parte das dificuldades entre a opção por um julgamento e um acordo: como o julgamento é uma aposta (pois sua probabilidade é variável, dependente de vários fatores, como as provas a serem produzidas, a interpretação do direito a ser aplicado, o livre convencimento do julgador),[154] as posições das partes são variáveis, dependendo de como elas concebem as probabilidades dos resultados do julgamento.[155]

Com base nessas visões, podemos retornar ao início deste item: os fatores que influenciam a definição de uma zona de acordo – as diferentes probabilidades das partes quanto aos resultados do julgamento, os custos da litigância e as preferências de riscos das partes – não podem ser consideradas isoladamente. Os estímulos comportamentais para uma escolha do acordo em relação à adjudicação devem influir sobre esses elementos em conjunto, e considerando as limitações cognitivas das partes.

É em razão disso que concordamos com as conclusões de Erik Wolkart, de

> [...] que o sistema brasileiro não gera estímulos suficientes para o alcance de taxas ótimas de ajuizamento de demandas judiciais e de realização de autocomposição de conflitos, dentro ou fora do processo, o que acarreta dificuldades no enfrentamento do cenário de tragédia da justiça e na concretização dos objetivos cooperativos do art. 6º do CPC/2015. As razões da insuficiência dos estímulos passam pelo baixo custo do processo, pela (falta de) distribuição desses custos, pela estrutura remuneratória de advogados públicos e privados, pelas assimetrias informacionais e pela insegurança jurídica gerada pelo sistema.[156]

---

[154] "The bargaining, or bargaining-like, structure of litigation suggested that economic insights that had been developed in other contexts of bargaining could be applied to it, and that the behavioral findings regarding negotiation behavior could be applied to litigants" (ZAMIR e TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics, ob. cit.*, p. 495).

[155] Chris GUTHRIE, "Prospect Theory, Risk Preference and the Law". *Northwestern University Law Review*, no. 97, 2003, ps. 1.115-1.163; e Chris GUTHRIE, "Framing Frivolous Litigation: a Psychological Theory". *Univerity of Chicago Law Review,* no. 67, 2000, ps. 163-216.

[156] WOLKART, *Análise Econômica do Processo Civil, ob. cit.*, p. 766.

Mas não apenas com os estímulos sugeridos por ele – ou em sua totalidade.[157] Isso porque (i) os estímulos não se limitam aos incentivos financeiros

---

[157] "[...] O cenário é agravado pela existência de um teto de custas em todas as cortes brasileiras, pelo pouco rigor do regime jurídico para concessão da gratuidade de justiça e pela possibilidade de desalinhamento de interesses entre advogado e cliente (*agency problem*).

"[...] No estudo das possibilidades autocompositivas, utilizamos inicialmente equações simples para determinar o *valor de reserva do processo* para as partes, criando a partir daí uma regra de *condição de litigância* que, quando preenchida, inviabiliza o acordo. Com esse método, sempre usando exemplos e valores com referência na realidade do foro, verificamos que os maiores entraves para a autocomposição decorrem da estrutura de custas do processo e da assimetria de informação das partes em relação às circunstâncias da lide. Quanto às custas, ficou claro que as chances de acordo reduzem-se na razão direta de seu valor, visto que o *principal incentivo para a autocomposição é a economia de recursos dela resultante.* Outro problema é o momento em que as custas são exigidas no Brasil. Como a maior parte é paga no início do processo, não há muito a economizar após a citação do réu. Já quanto à assimetria de informação, ficou claro que ela é causa por incertezas e refrações de expectativas quanto aos fatos e ao direito envolvidos no caso. Constatamos que a audiência do art. 334 do CPC/2015, ao promover o encontro ds partes sem que o autor tenha acesso à contestação do réu, cria um *jogo de informação incompleta* que restringe as possibilidades autocompositivas em torno de 50%. Provamos esse ponto utilizando teoria dos jogos, árvores decisórias, *backwards induction e equilíbrio bayesiano de Nash.* O pouco rigor jurisprudencial quanto às formalidades das peças postulatórias também contribui para essa assimetria, bem como a ausência de regras processuais que imponham a indicação nessas peças do rol de testemunhas e dos quesitos da perícia pleiteada. Já a fonte principal das incertezas quanto ao direito é a inexistência de um sistema estável de precedentes que seja efetivamente respeitado por juízes de todos os graus de jurisdição, partes e advogados.

"Concluímos também pela existência de diversos vieses cognitivos que atuam *fechando janelas de acordo*. É o caso do viés de otimismo do autor e do réu, que, aliado à incerteza prevalente do sistema, gera refrações em sentidos opostos quanto à possibilidade de procedência do pedido do autor, criando expectativas otimistas para ambos e inviabilizando acordos. Nesse ponto específico, inclusive, concluímos que sistemas com alto grau de incerteza (como o nosso) aumentam o otimismo de partes e advogados. Para demonstrar esse ponto, utilizamos *teoria dos jogos evolutiva.*

"Ainda quanto aos vieses cognitivos, observamos que a aplicação da *teoria da perspectiva* detecta claramente a necessidade de se criarem maiores incentivos autocompositivos para o réu, em virtude de sua predisposição ao risco no processo, em oposição à aversão ao risco prevalente no polo ativo da demanda. A falácia dos custos a fundo perdido também atua para dificultar acordos, já que a concetração das custas no início do processo acirra o ânimo beligerante das partes. Por fim, verificamos que as novas regras processuais que impedem a compensação de honorários nos casos de sucumbência recíproca, se por um lado diminuem a janela de acordo ao elevar-lhe os custos de transação, por outro reduzem os problemas de agência, alinhando os interesses dos advogados e dos clientes.

"[...] buscamos soluções cooperativas para os problemas identificados [...]. Para remediar a litigância frívola, prosusemos inicialmente uma substancial elevação das custas processuais, a sua redistribuição ao longo do processo, o fim das isenções de custas ao Poder Público, um maior rigor na concessão do benefício da gratuidade da justiça e a desvinculação parcial entre pagamento das custas e sucumbência como penalidade em caso de rejeição de acordos.

"[...] fixamos uma chance real de 30% de procedência como razoável para justificar a utilização do Poder Judiciário pelo autor. Para tanto, calculamos que o valor das custas do nosso exemplo original deveria ser elevado em pouco mais de sete vezes. Entendemos que esse percentual ainda é conservador, pois desconsidera as *refrações de expectativas* causadas pelo otimismo. A ideia principal é que, para ações com poucas possibilidades de procedência, os envolvidos busquem prioritariamente alguma forma de autocomposição. Como ao final as custas são pagas pelo sucumbente, a sua elevação gera incentivos autocompositivos para ambos os envolvidos na situação litigiosa. Consideramos que não há qualquer emperramento de acesso à justiça, quer por nãoser o Poder Judiciário a única porta desse acesso, quer porque a possibilidade de concessão

de alteração dos custos da litigância ou mesmo às incertezas da probabilidade da tutela jurisdicional adjudicada favorável à parte; (ii) não considera as diferenças de vieses do padrão quádruplo da teoria da perspectiva, que varia conforme as características das partes e o tipo de conflito;[158] e, por fim, (iii) tratam-se de estímulos para optar pelo acordo em face da adjudicação, e não para aumentar as tentativas de solução de conflitos.

As sugestões de Wolkart tratam diretamente de estimular mais acordos, mais comportamento cooperativo pelas partes, o que condiz com a visão dele de excesso de demandas e de tragédia dos comuns no uso do Poder Judiciário. Apesar de ser uma visão coerente, sustentada na lógica de muitos defensores do acordo (o que leva às críticas de Fiss e outros quanto ao desequilíbrio entre justiça e pacificação),[159] este trabalho parte da pressuposição de que incentivar a ocorrência de mediações e incentivar acordos são questões diferentes.

Ademais, partimos da constatação de que muitos advogados concordam com as vantagens de serem submetidos a audiências de mediação, mas elas são pouco realizadas na prática. Os estímulos do sistema para que as partes escolham um acordo no lugar da adjudicação não devem ser desconsiderados, mas devem

---

de gratuidade total ou parcial a quem realmente necessita garante o acesso ao Poder Judiciário ao menos favorecidos.

"Quanto à proposta de redistribuição das custas, demonstramos que ela aumenta os intervalos de acordo posteriores ao ajuizamento da ação e diminui a animosidade entre as partes, ao menos nas fases iniciais do processo (em razão do viés cognitivo relacionado à falácia dos custos a fundo perdido). Já quanto à penalidade pela rejeição do acordo quando a tutela final defere à parte um valor inferior ao que pela outra parte fora ofertado, acreditamos que a imposição de custas proporcionais a essa diferença gera estímulos cooperativos não só para a aceitação do acordo ofertado, mas também par que a própria oferta seja apresentada. Isso porque, na vigência de uma regra como essa, uma proposta de acordo funcionaria como uma espécie de seguro contra o pagamento de despesas processuais extras (isso assume particular relevância quando as custas processuais passam a ter valor economicamente relevante). Além disso, cria-se incentivo específico para o réu, funcionando como contrapeso ao seu comportamento tendente à tomada de risco, já que a regra aumenta o custo esperado do processo para ele." (*Idem*, ps. 767-769).

[158] O que leva autores a serem predispostos ao risco em demandas frívolas, ao contrário do padrão de predisposição do risco para o réu. Acredita-se que a visão de Wolkart baseia-se no excesso do viés de otimismo, que faria a maioria das demandas saírem de percentuais extremamente baixos de probabilidades (efeito de possibilidade), para percentuais relativamente baixos (como a referência dele a "chance real de 30% de procedência como razoável para justificar a utilização do Poder Judiciário", com o que não se concorda inteiramente. É essencial considerar as diferenças entre tipos de conflitos, para que os estímulos sejam mais condizentes com a melhor adequação do mecanismo.

[159] *Supra*, item 2.2.

ser analisados dentro de um espectro maior, dos estímulos para que as mediações ocorram em primeiro lugar, que tentativas de solução consensual sejam consideradas de início pelas partes.

Isso porque o acordo pode ser escolhido pelas partes a qualquer momento, durante o custo do processo, e os métodos de solução consensual de conflitos devem ser incentivados pelos sujeitos processuais constantemente, mesmo no curso do processo (art. 3º, §§2º e 3º, CPC). O que discutimos é que, mesmo com os incentivos propostos por Wolkart, a tentativa de acordo não será considerada pelas partes, por limitações comportamentais prévias, decorrentes da "cultura da sentença".

Não se deve ignorar que aspectos estruturais do sistema processual desincentivam os acordos, mesmo com os estímulos escolhidos na arquitetura do CPC/2015 – em especial o artigo 334. Contudo, só isso não basta, sem que as audiências sejam consideradas em primeiro lugar pelas partes e pelos sujeitos processuais.

Por causa de vieses comportamentais, em especial a heurística da representatividade e o viés do *status quo*, o comportamento das partes em direção ao uso das tentativas de solução consensual dependem de estímulos que vão além da mera consideração do espectro da zona de acordo – o que é incorporado pelas sugestões de Wolkart.

Isso também em razão de os vieses cognitivos estudados não afetarem somente as perspectivas de probabilidades de sucesso ou insucesso das partes com a solução adjudicada. Mas também afetarem percepções de outros valores que incentivam comportamentos adversariais ou consensuais das partes, como questões de justeza, sentimentos de arrependimento e decepção,[160] e os aspectos

[160] "Regret Aversion Theory of Litigation Behavior. This theory posits that litigants seek to make litigation decisions that minimize the likelihood they will experience postlitigation regret. In our litigation system, litigants generally must choose between settling and trying their cases. Litigants who settle never learn what they would have recovered at trial, but litigants who reject settlement offers in favor of trial learn the outcomes of both options. Settlement, thus, offers litigants an opportunity to avoid, or at least minimize, regret, while trial increases the likelihood litigants will experience regret. Given the structure of our litigation system, the Regret Aversion Theory posits that litigants will choose settlement over trial to avoid feelings of regret associated with learning after

de escolhas intertemporal. São essas questões que serão objeto das seções seguintes.

3.3. ESTÍMULOS COMPORTAMENTAIS PARA A TENTATIVA DE ACORDO

3.3.1. Análise Econômica e Comportamental do Direito (Behavioral Law and Economics)

Antes de prosseguirmos, devemos retomar, em resumo, as principais questões comportamentais, com seus reflexos específicos na área jurídica. São essas as premissas da análise econômica e comportamental do Direito (*behavioral law and economics*).

As heurísticas e os vieses discutidos anteriormente, o modo do inter-relacionamento funcional entre os Sistemas 1 e 2, podem ser resumidos, em sua interseção com o Direito, em

> [...] três importantes "limites" do comportamento humano, limites que problematizam as questões centrais da maximização da utilidade, da estabilidade de preferências, da racionalidade de expectativas, e do processamento ótimo de informações. Pode-se dizer que pessoas

trial that they should have settled." (Chris GUTHRIE, "Better Settle than Sorry: the regret aversion theory of litigation behavior". *University of Illinois Law Review,* vol. 1999, no. 1, 1999, ps. 72-73).

> apresentam racionalidade limitada, força de vontade limitada, e autointeresse limitado.[161]

Racionalidade limitada refere-se às limitações cognitivas e de julgamento; força de vontade limidade refere-se às condutas que sabemos que não atendem bem aos interesses de longo prazo; e autointeresse limitado refere-se ao fato de que a maioria das pessoas se importa ou age como se se importasse com os outros, mesmo estranhos, dependo das circunstâncias. E cada um desses limites cognitivos e comportamentais influenciam alguns aspectos do Direito:

> Primeiro, racionalidade limitada atinente a comportamentos de julgamento atua sempre que os atores no sistema legal devem aferir a probabilidade de um evento incerto. Segundo, racionalidade limitada atinente a tomada de decisões atua sempre que atores estão avaliando resultados. Força de vontade limitada é mais relevante quando decisões têm consequências ao longo do tempo [...]. Finalmente, autointeresse limitado [...] é relevante principalmente em situações em que uma parte se desviou substancialmente da conduta usual ou ordinária daquelas circunstâncias; nessas circunstâncias, a outra parte geralmente estará disposta a incorrer em custos financeiros para punir o comportamento "injusto".[162]

Assim, podemos dizer que as questões envolvendo os estímulos ao acordo em face da adjudicação, conforme analisadas anteriormente e até o momento, tratam apenas de uma parte bastante específicas dos vieses comportamentais, espeficamente a racionalidade limitada, em especial a avaliação das chances de cada litigante e sua comparação aos custos do processo, para determinar a zona de possibilidade de acordo.

---

[161] "[...] three important 'bounds' on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest." (Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN, e Richard H. THALER, "A Behavioral Approach to Law and Economics". *In:* SUNSTEIN, Cass R. (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 14, tradução livre).

[162] "First, bounded rationality as it relates to judgment behavior will come into play whenever actors in the legal system are called upon to assess the probability of an uncertain event. Second, bounded rationality as it relates to decision-making behavior will come into play whenever actors are valuing outcomes. Bounded willpower is most relevant when decisions have consequences over time [...]. Finally, bounded self-interest [...] is relevant primarily in situations in which one party has deviated substantially from the usual or ordinary conduct under the circumstances; in such circumstances the other party will often be willing to incur financial costs to punish the 'unfair' behavior." (*Idem*, p. 16, tradução livre).

Ocorre que os estímulos analisados não concorrem para enfrentar outros problemas de limites cognitivos e comportamentais. Não há estímulos, em primeiro lugar, para superação do viés do *status quo*, da "cultura da sentença", que considera a adjudicação como a regra no processo civil, após o processo ter sido formado. Não há estímulos também para enfrentar grande parte dos problemas de superconfiança ou de viés de autointeresses, na avaliação das probabilidades de cada parte. Igualmente, não há estímulos que considerem as naturais diferenças de avaliação decorrentes da passagem do tempo, como o desconto hiperbólico. E, por fim, há poucos estímulos ligado aos limites de autointeresse, que tratam de considerações de justeza e ressentimentos.

É por isso que entendemos, neste trabalho, que os estímulos comportamentais escolhidos pelo legislador no CPC, dentre os quais os artigos 3º, §§2º e 3º, e 334, são acanhados,[163] não lidando adequadamente com os desafios decorrente do comportamento das partes, na escolha entre a adjudicação e o acordo, nem mesmo na escolha da própria consideração da possibilidade de haver uma tentativa de solução consensual. Esses desafios demandam novas medidas, muitas das quais que são estímulos comportamentais leves, pouco invasivos.

3.3.2. Viés do autointeresse

Anteriormente,[164] havíamos dito que a possibilidade de acordo depende da existência de uma zona positiva de consenso, que, por sua vez, é influenciada por três fatores: o julgamento das partes sobre as probabilidades dos resultados da adjudicação, os custos da litigância e as preferências de riscos de cada uma, o que nos levou a apresentar a teoria da perspectiva e o padrão quádruplo dos resultados da decisão da parte entre a adjudicação e o acordo.

---

[163] Mesmo a escolha expressa do legislador pelo uso da opção sancionatória, de estratégia "comando e controle", com a multa do §8º do artigo 334 do CPC.

[164] Item 4.2., *supra.*

Segundo George Priest e Benjamin Klein,[165] a possível não solução de um conflito por meio do acordo decorre de erros de julgamento das probabilidades de sucesso de um caso (ou de insucesso, no caso do réu), em decorrência especialmente de informações imperfeitas e insuficientes de cada parte:[166] "casos que não chegam a um acordo são aqueles em que os autores superestimam e/ou os réus subestimam o valor esperado de esperar uma adjudicação judicial", e que os erros de estimativa são aleatórios, isto é, que "os casos que vão a julgamento são simplesmente aqueles azarados em que os erros das partes se somam para eliminar a zona de acordo que iria de outra forma surgir dos riscos e custos da adjudicação".[167]

Estudos analisados por esses Loewenstein et al. apresentam resultados contraditórios com essas previsões do modelo padrão de Priest e Klein, basicamente que, embora haja previsão adequada de seleção de casos entre adjudicação e acordo pela incerteza dos dados (como pela análise de amostras pequenas, que reduzem os acordos em razão dos vieses de representatividade no julgamento estatístico das partes), não há previsão adequada do modelo quanto à suposição de que custas mais elevadas aumentariam as chances de acordo.[168]

---

[165] George L. PRIEST, e Benjamin KLEIN, "The selection of disputes for litigation". *Journal of Legal Studies*, vol. 13, January 1984, ps. 01-56.

[166] Por isso que se pode criticar a escolha do CPC em prever a tentativa de solução consensual antes da contestação, criando um jogo favorável ao réu, como alegado por WOLKART, *Análise Econômica do Processo Civil, ob. cit.*

Contudo, deve-se ter em mente que mais informações podem prejudicar a tentativa de consenso, por reforçar os vieses de autointeresse das partes. Nesse sentido, George LOEWENSTEIN, e Don A. MOORE, "When Ignorance is a Bliss: Information Exchange and Inefficiency Bargaining". *Journal of Legal Studies,* vol. 33, no.1, January 2004, ps. 37-58. Isso é o que justifica a previsão do artigo 695, §1º, do CPC, para ações de direito de família, em que é expressamente previsto que a citação do réu para comparecer à audiência de mediação será desacompanhada de cópia da petição inicial. Trata-se de recomendação que busca combater os vieses cognitivos do autointeresse do réu, ao evitar que ele se paute em enfrentar e rechaçar as posições da parte autora na inicial. Naturalmente, processos de direito de família já possuem vieses bastante fortes, pelas emoções envolvidas, que reforçam o modo automático e intuitivo do Sistema 1. Buscar formas de combater esses vieses é recomendável.

[167] "Cases that fail to settle are those in which the plaintiff overestimates and/or the defendant underestimates the expected value of going to trial. Adhering to conventional assumptions in economic modeling, the selection hypothesis assumes that estimation errors are random, that is, they equal zero on average. Cases that go to trial are simply the unlucky ones in which the plaintiff's and defendant's erros compound to eliminate the settlement zone that would otherwise arise from the risks and costs associated with trial." (LOEWENSTEIN *et al.*, "Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining", *ob. cit.*, ps. 136-137, tradução livre).

[168] *Idem*, p. 138.

Para Loewenstein et al., isso decorreria de outros desafios psicológicos não considerados meramente pelos custos da litigância, a existência de informações e chances mais certeiras, ou as preferências de riscos das partes.

Em especial, que o modelo padrão de Priet e Klein não considera os vieses de autointeresse nas estimativas das partes sobre suas chances favoráveis na adjudicação, bem como a existência de outros motivos para aceitar ou não um acordo, além do motivo pecuniário.

Em resumo,

> Nossos achados demonstram a importância de ambas as considerações psicológicas discutidas acima. Contrariamente à explicíta suposição do modelo Priest-Klein, predições do valor de uma causa e julgamentos de qual acordo seria justo são ambos enviesados em uma maneira autointeressada. Ademais, a magnitude do viés é um forte preditor do não-acordo. Desafiando a suposição de que as partes são guiadas puramente por preocupações pecuniárias, nós descobrimos que a magnitude e a distribuição dos custos de se submeter a um processo adjudicatório não tem os efeitos previstos na probabilidade de acordo ou no valor deles. Apesar dos moderados incentivos pecuniários (que induziram a participação dos sujeitos de início), os disputantes pareceram mais preocupados em atingir o que eles consideravam um julgamento justo do caso do que maximizar o seu próprio valor esperado.[169]

Por isso que a consideração das heurísticas de julgamento e dos vieses cognitivos é relevante para a formatação da melhor arquitetura de escolha, entre a adjudicação e o consenso. Em especial, esse é um dos elementos de porque a obrigatoriedade da audiência de mediação é relevante, porque é um mecanismo para enfrentar os vieses cognitivos das partes, em especial das concepções egoísticas do viés do autointeresse.[170]

---

[169] *Idem*, p. 139, tradução livre.

[170] “If nonsettlement is driven by systematic bias instead of random error or a lack of information, the practical ramifications are numerous. First, it indicates that exchanges of information are not in themselves necessarily conducive to settlement but must be analyzed in terms of how they Interact with preexisting biases. Second, it suggests that effective alternative dispute-resolution mechanisms, at least in part, should be directed at "debiasing" parties rather than simply facilitating the exchange of information.” (*Idem*, p. 159).

Ademais, a existência de obrigatoriedade de uma tentativa de acordo também atua para superar possíveis vieses de arrependimento e decepção das partes. O desenviesamento por uma audiência de mediação ajuda no controle das percepções das partes sobre as suas chances de resultado favorável de uma adjudicação e, por consequência, controla possíveis exageros nos vieses de arrependimento e decepção.

Pode-se discutir qual a melhor formatação de momento adequado para uma tentativa de solução consensual, mas uma estrutura de obrigatoriedade da mediação não é em si ruim.[171]

Porém, apenas a obrigatoriedade não basta, sem a consideração de outros elementos a influírem nos vieses analisados.

3.3.3. Concepções de justeza

A teoria dos jogos tem realizado vários experimentos diversos para examinar os comportamentos cooperativos e adversariais das pessoas, cada jogo diferente apresentando diferentes posições partindo de estímulos comportamentais e vieses cognitivos diversos.

O jogo clássico da teoria dos jogos é o Dilema do Prisioneiro, jogo clássico de cooperação.[172] As estratégias disponíveis para cada jogador são ou cooperar

---

Igualmente, Linda BABCOCK, George LOEWENSTEIN, e Samuel ISSACHAROFF, "Creating Convergence: debiasing biased litigants". *Law and Social Inquiry*, vol. 22, no. 4, Fall 1997, ps. 913-926.

[171] Veja-se que inclusive é uma das técnicas expressamente incorporadas pela mediação, sustentada por seus defensores como um meio de fazer as parte superarem e transformarem suas histórias e suas posições. Dentre outros: FISHER, URY e PATTON, *Como chegar ao sim, ob. cit.*; e CNJ, *Manual de Mediação Judicial, ob. cit.*

[172] AXELROD, *A Evolução da Cooperação, ob. cit.*

Dois prisioneiros foram detidos e estão sendo investigados. Há provas para punição por um crime menor, mas não para um crime maior. A acusação faz a proposta, em separado para cada prisioneiro, de delatar o comparsa, de modo a receber uma pena intermediária. Se ambos permanecem calados, a punição seria de 1 ano. Se um delata e o outro fica calado, quem delatou

(ficando calado) ou trair (delatar, confessar). “A previsão teórica do jogo é que ambos os jogadores desertarão porque, não importa o que o outro jogador faça, essa atitude responde ao interesse egoísta de cada jogador.”[173] Contudo, vários testes demonstram taxas de cooperação consistentes, e não desprezíveis.[174]

A mesma previsão teórico-econômica de egoísmo generalizado existe em relação do Jogo dos Bens Públicos, jogo em que as pessoas recebem uma quantidade especificada de dinheiro para contribuírem a um fundo comum, que será depois duplicado e dividido por igual a todos. Prevê-se o egoísmo porque não contribuir com nada pode maximizar os ganhos; mas, se ninguém contribui com nada, todos terminam com a metade do dinheiro que poderiam em tese receber.

Contudo, também os testes empíricos do jogo demonstraram que a teoria não se confirma na prática, apesar de os índices de contribuição começarem altos e irem diminuindo até próximos de zero conforme os jogos são repetidos.[175]

Ambos os jogos que estudam as interfaces entre cooperação e egoísmo – Dilema do Prisioneiro e Jogo dos Bens Públicos -, demonstram que a racionalidade econômica padrão não explica em totalidade o comportamento dos envolvidos.

Segundo Thaler,

> [...] uma grande proporção de pessoas pode ser classificada na categoria de *cooperadores condicionais,* ou seja, estão dispostas a cooperar se houver bastante gente cooperando. As pessoas começam esses jogos dispostas a darem aos seus colegas jogadores o benefício da dúvida, contudo, se os índices de cooperação forem baixos, esses cooperadores condicionais se transformam em caronistas. No entanto, a cooperação pode ser mantida mesmo em jogos repetidos se for dada aos jogadores a oportunidade de punir aqueles que não cooperam. [...] as pessoas estão dispostas a gastar algum dinheiro das suas próprias economias para ensinar uma lição àqueles que se comportam injustamente, e essa

---

sai livre e o delatado pega uma pena alta, de 5 anos, por exemplo. Se ambos delatam-se mutuamente, ambos pegam 3 anos de cadeia.

[173] THALER, *Misbehaving, ob. cit.*, ps. 157-158.

[174] *Idem*, *ibidem*; e AXELROD, *A Evolução da Cooperação, ob. cit.*

[175] THALER, *Misbehaving, ob. cit.*, ps. 158-159.

> disposição de punir disciplina caronistas potenciais e mantém robustos índices de cooperação estáveis.[176]

Na mesma linha, Axelrod argumenta, com base no Dilema do Prisioneiro, que os estímulos para a cooperação dependem, basicamente, de quatro elementos: aumentar a importância do futuro, alterar as recompensas, ensinar a reciprocidade, e melhorar as capacidades de reconhecimento:

> A análise também revela que os dois requisitos essenciais para que a cooperação prospere seja a cooperação com base na reciprocidade e que a importância do futuro seja relevante para tornar essa reciprocidade estável. E uma vez que a cooperação com base na reciprocidade esteja estabelecida numa população, ela consegue se proteger de invasões por estratégias não cooperativas.
> [...] O surgimento, crescimento e manutenção da cooperação exigem alguns requisitos dos indivíduos e do contexto social. É necessário que o indivíduo seja capaz de reconhecer o adversário da jogada anterior. Também é preciso que o histórico anterior das interações do jogador com esse adversário seja lembrado, para que o jogador seja responsivo.[177]

Com base nessas constatações, podemos dizer que a escolha apenas dos incentivos pecuniários para forçar a obrigatoriedade da audiência de mediação não basta. Sem as considerações de justeza, com o reconhecimento de padrões de comportamentos das partes e dos advogados em sua conduta na escolha entre a

---

[176] *Idem*, p. 160.

Outros dois jogos que reforçam as conclusões sobre a disposição das pessoas em perderem alguns valores para punirem outros são os jogos do Ultimato, do Ditador e da Punição. Os três jogos são praticamente idênticos, com alterações apenas na possível conduta de um dos participantes. Os participantes são divididos entre Proponente e Respondente. Cabe ao Proponente ofertar ao Respondente um valor determinado, de um bolo prévio existente, com variações fixas de cinquenta centavos, isto é, o Proponente pode ofertar o valor total do bolo, ou nada, ou qualquer valor intermediário entre os extremos, em variações consistentes de cinquenta centavos. No jogo do Ultimato, ao Proponente cabe aceitar o que for ofertado, e a previsão econômica diria que aceitará qualquer valor, porque é um valor adicional que receberá, que de outra forma não receberia. Contudo, a conduta verificada nos experimentos demonstrou que as pessoas rejeitavam ofertas muitos baixas, por questões de justiça. Essas posturas foram reforçadas pelos outros dois jogos: no Jogo do Ditador, o que o Proponente oferece o Respondente deve aceitar; no Jogo da Punição, o Respondente pode se negar a receber o valor ofertado e, na negativa, nenhum jogador recebe nada. Com esses jogos, “há uma evidência clara de que as pessoas não gostam de ofertas injustas e estão dispostas a assumir uma perda financeira para punir aqueles que as fazem.” (*Idem*, p. 156).

[177] AXELROD, *A Evolução da Cooperação, ob. cit.*, ps. 160-161.

adjudicação e o acordo, e entre padrões de acordo, os estímulos ao acordo chegam em um ambiente estéril.[178]

Não só é importante a percepção de que as considerações de justeza dependem do reforço da importância do futuro e da fixação clara de padrões de conduta reiterada de cada "jogador", mas também que outros vieses influenciam como essas concepções são encaradas pelos demais.

E aqui entram outros vieses cognitivos, inclusive aqueles relacionados à moralidade de sistema duplo. Em especial, a diferença de valoração entre ações e omissões, o efeito dotação, e as acepções de riscos das partes, da teoria da perspectiva.

O efeito dotação é de extrema importância nesse caso, já que uma tutela jurisdicional judicial, como, por exemplo, uma tutela de urgência, pode modificar a visão das partes do que é justo ou injusto.

A obrigatoriedade da audiência de mediação é reforçada pelas questões envolvendo as percepções de justeza das partes; mas deve ser combinada com outros estímulos, para esclarecer o valor do futuro e os padrões de conduta reiterada dos jogadores.

Nesse ponto, assomam os problemas do princípio da confidencialidade da mediação. Em demandas repetitivas, os litigantes repetitivos possuem a vantagem de controlar o resultado do acordo também por esse aspecto, não só por considerar as estimativas de suas chances de sucesso ou insucesso na adjudicação.

Controle dos limites do acordo e dos padrões de comportamento cooperativo é possível para o litigante repetitivo, que sabe como ele vem se comportando reiteradamente, e pode avaliar a importância do futuro com base em suas relações

[178] Por isso que, dentre outros motivos, Marc Galanter afirma que os "que têm chegam sempre na frente", dentre o que a possibilidade de jogar com a barganha, isto é, o julgamento das chances de sucesso da adjudicação e do acordo, escolhendo os casos a serem resolvidos por acordo e aqueles a serem julgados por um juiz (Marc GALANTER, "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law & Society Review*, vol. 9, no. 1, Fall 1974, ps. 95-160).

com terceiros, outros possíveis afetados pela mesma conduta objeto do processo em consideração.[179]

Em razão da confidencialidade das audiências de mediações, aumentam as dificuldades de identificação de padrões de comportamento e de critérios de justeza pelos litigantes eventuais.[180] Isso, por sua vez, contribui para reforçar os vieses de autointeresse na apuração das chances de sucesso na adjudicação, reforçando o ciclo dos desestímulos ao acordo.

3.3.4. Vieses do tempo

Por fim, uma escolha entre a adjudicação e o consenso não poderia ser examinado sem serem considerados os estímulos do tempo no comportamento dos sujeitos.

Como dito anteriormente, as pessoas apresentam consistente viés do presente, descontando o valor do futuro, o que gera diferenças nas expecativas conforme o tempo vai passando.

Em um processo judicial, o tempo é um fator muito poderoso, tendo em vista os prazos processuais durante toda a amplitude do procedimento, bem como o tempo “morto”, perdido, pelas demoras de julgamento.

Nesse ponto, há um sério problema na estrutura da obrigatoriedade da audiência de mediação: o prazo para contestação do réu e, portanto, para a continuidade do processo, está ligado à manifestação dele sobre seu interesse ou

---

[179] O que retoma as questões de *naming, blaming, claiming,* das etapas de surgimento e evolução dos conflitos, discutidas no capítulo 1, *supra*.

[180] Ao se afirmar que os advogados são *repeat players*, reforça-se a importância dos advogados na criação de padrões de condutas de justiça nos acordos, para o reforço da importância do futuro e para demonstração do comportamento reiterado de partes *repeat players* para partes *one-shotters.*

não na participação da audiência de mediação (art. 335, II, CPC), ou, se ela for realizada, após a frustração da tentativa de solução consensual (art. 335, I, CPC).

Dessa forma, o tempo do processo é dilatado, o que modifica os vieses cognitivos naturais da escolha intertemporal, do desconto hiperbólico. Para o autor, quanto mais tempo demora, há menos valor no resultado da adjudicação, de forma que um acordo será valorizado por ele em proporções mais reduzidas.

O desconto hiperbólico é mais forte no comportamento de pessoas físicas, e não de pessoas jurídicas, pela estrutura institucional destas, já que uma das vantagens da relação principal-agente é reduzir os vieses cognitivos do principal.[181]

Por isso que seria mais adequado haver uma completa desvinculação dos prazos processuais do procedimento da tentativa de solução consensual. Um procedimento de mediação inserido dentro de um processo jurisdicional de solução adjudicada deveria correr em paralelo à solução adjudicada.[182]

Comportamentalmente, trata-se de uma solução mais adequada, pelos vieses do tempo, apesar de não solucionar o problema principal, à primeira vista, do alegado excesso de processos, já que não se usa a mediação como obstáculo para a continuidade do processo e incentivo para encerramento de litígios. Porém, quando se considera os vieses do tempo no comportamento das partes, o prosseguimento do processo adjudicatório passa a ser um estímulo para a solução consensual, com base nas diferenças de valoração da utilidade esperada do resultado adjudicado conforme o processo vai tendo seguimento e se aproxima da sentença.

---

[181] THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, ps. 119-120; e GUTHRIE, “Better Settle than Sorry”, *ob. cit.*, p. 82.

[182] Com isso, também pretendemos superar as sugestões de que a tentativa de solução consensual deva ser inserida como condição da ação, cuja ausência importaria em falta de interesse processual, conforme previsto, por exemplo, pelo Projeto de Lei nº 533/2019 (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394, acesso em 10/07/2020). Para as críticas a essa escolha, como filtro de acesso ao Judiciário, Susana Henriques da COSTA, e João Eberhardt FRANCISCO, “Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de *Online Dispute Resolution*: um estudo da plataforma consumidor.gov”. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; e RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coord.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, ps. 665-687).

Os vieses do tempo, entretanto, não se limitam a isso. Em razão do viés do *status quo*, a inércia das partes para se submeterem a audiências de mediação é muito destacada – veja-se que, mesmo com a obrigatoriedade pelo artigo 334 do CPC, a quantidade de audiências realizadas não aumentou consideravelmente.

O artigo 334, entretanto, é apenas um momento de tentativa de solução consensual, e seu §2º prevê que outra sessões podem ser designadas, se necessárias para a composição das partes, sem excederem o prazo máximo de 2 meses após a primeira audiência. Esse prazo limitado reduz as possibilidades de acordo, conforme o tempo vai passando, já que a maioria dos processos dura, em média, mais do que esse período.[183]

Não se ignora que o artigo 3º, §3º, do CPC dispõe sobre o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do MP de estimularem os meios consensuais de solução de conflitos a qualquer momento, durante o curso do processo. Contudo, trata-se de dever genérico, sem especificação, o que induz os vieses do *status quo*, pela inércia de ser continuado o processo até a sentença, sem qualquer posterior tentativa de solução consensual.

O mesmo pode ser dito em relação à previsão do parágrafo único do artigo 694 do CPC, quanto às ações de direito de família, que prevê a possibilidade de o processo ser suspenso, a pedido das partes, a qualquer tempo, para submissão a mediação extrajudicial. Por se tratar de uma possibilidade em tempo indefinido, os vieses do tempo atuam fortemente.

De outro lado, poder-se-ia dizer que, em relação ao juiz, o artigo 359 do Código fixa dever determinado de tentar conciliar as partes, no momento de instalação da audiência de instrução e julgamento. Em primeiro lugar, não se trata de um dever determinado que seja amplamente aplicável, tendo em vista as possibilidades de julgamentos antecipados (arts. 355 e 356, CPC).[184] Ademais, porque outros vieses cognitivos acabam influindo negativamente nesse momento,

---

[183] *Justiça em números*, *ob. cit.*, ps. 148-159.

[184] Poder-se-ia argumentar que os casos de julgamento antecipado alteram substancialmente o desconto hiperbólico pelas partes. Não se ignora esse argumento. Contudo, os demais vieses cognitivos ainda atuam nesses casos.

como o viés de autointeresse e os sentimentos de arrependimento e decepção, já que a conciliação seria tentada pelo responsável pela adjudicação.

Para contornar esses problemas, o mais adequado seria que a audiência de mediação não fosse considerada um momento procedimental único, mas um conjunto de atos processuais, um processo autônomo e paralelo ao processo adjudicatório, com momentos específicos de para sessões consensuais serem realizadas, coincidindo com momentos importantes do processo adjudicatório. A exemplo do que já ocorre com o artigo 334, antes da contestação, outras audiências obrigatórias poderiam ocorrer próximo ao saneamento (ou julgamento antecipado) e antes do julgamento após ampla instrução.[185]

Os estímulos comportamentais para a escolha entre a adjudicação e o acordo, assim, adviriam desses processos decisórios concorrentes e paralelos, não excludentes, o que é uma das formas de controlar os vieses do tempo, no

---

[185] Comportamentalmente, porém, há dificuldades que advém da fixação da tentativa consensual nas vésperas do julgamento adjudicado, como afirma Chris GUTHRIE: ""The proposed Regret Aversion Theory posits-and the evidence reported here suggests-that litigants systematically prefer settlement to trial because it enables them to avoid regret they anticipate feeling posttrial. The fact that litigant decision making is systematically influenced by anticipated regret raises profound questions for lawyers." (GUTHRIE, "Better Settle than Sorry", *ob. cit.*, p. 81).

Para o autor, essas questões que devem ser consideradas pelos advogados envolvem o padrão de aversão ao arrependimento das partes – o que é mais forte para litigantes individuais (one-shotter), e não institucionais (repeat player); para litigantes que possuem personalidade de baixa autoestima; para alguns tipos de casos em que emoções estão em destaque, além do arrependimento (por exemplo, casos de responsabilidade por erro médico); e a postura no processo, como o momento do arrependimento, reforçado na iminência do julgamento.

Para enfrentar esses problemas, esclarecimentos aos clientes são necessários, para desenviesá-los da postura focada em excesso no arrependimento; quanto aos erros cognitivos costumeiros das pessoas em preverem o futuro; e porque os sentimentos de arrependimento mudam com o tempo, ações produzindo arrependimentos de curto prazo e omissões, de longo prazo. Tudo isso deve levar as pessoas a perceberem que arrependimentos são estímulos para aprimoramento de futuras decisões.

Tudo isso reforça a necessidade da obrigatoriedade da audiência de mediação, que contribui para tirar vieses diversos, inclusive dos sentimentos de arrependimento.

comportamento de autocontrole das partes;[186-187] assim como os vieses dos sentimentos de arrependimento e decepção.[188]

3.4. A ESCOLHA PELO CONSENSO

Até o momento, tratamos de vários elementos que podem influenciar no comportamento das pessoas para fazerem a escolha entre esperar a adjudicação do caso ou resolvê-lo por meio do consenso. Vimos que escolher pelo acordo depende da amplitude da zona positiva de acordo das partes, que é influenciada

---

[186] Diz-se autocontrole não propriamente como se a escolha pela adjudicação fosse uma conduta impetuosa, que se toma de "cabeça quente", como seria um comportamento de se entregar à tentação e sair de uma dieta, por exemplo. Autocontrole, nesse sentido, refere-se ao comportamento de manter as mesmas expectativas e valorações consistentemente, sem mudanças conforme a passagem do tempo. Ao incluir momentos específicos para a mediação obrigatória ao longo de todo o processo, busca-se manter consistentes as expectativas das partes, para que elas não valorem de forma ilógica os termos de um acordo ou de uma solução consensual. Não que isso gere sempre os mesmos valores, de um acordo proposto e aceito liminarmente ou um acordo proposto e aceito às vésperas de uma sentença. A fixação de momentos reiterados e consistentes, contudo, contribui para que os demais vieses comportamentais tenham menos efeitos na avaliação da utilidade entre a adjudicação e o acordo – em especial os vieses de autointeresse e de arrependimento.

[187] Sobre essa questão envolvendo cadeias concorrentes de processos e sua influência no autocontrole, é um dos resultados consistentes de pesquisas de comportamento animal, com variações de estímulos e de tempo. Vide RACHLIN, *Judgment, decision and choice, ob. cit.*, ps. 169-186.

[188] "At the same time, this desire to minimize regret is also associated with a tendency to make decisions that are geared toward keeping options open [...]. Rejecting a particular settlement offer forecloses that particular offer, but keeps open both the possibility of trial and the possibility of settlement. In addition, such decision-making can reduce the degree to which people are satisfied with their decisions [...].

"Regret about a forgone opportunity can also affect how a current proposal is evaluated. *Inaction inertia* is the 'tendency of a person to omit action when he or she has passed up a similar, more attractive opportunity to act'. This tendency can induce a litigant who has passed up a proposed settlement to compare any subsequent proposal to that previous proposal even though that option may now be off the table. [...]" (Jennifer ROBBENNOLT, "Litigation and Settlement". *In:* ZAMIR, Eyal; e TEICHMAN, Doron (edit.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 630).

pelo modo como as pessoas julgam suas chances de sucesso ou insucesso np julgamento, os custos do processo judicial, e as preferências de riscos das partes.

Todos esses três elementos, por sua vez, são condicionados pelos vieses cognitivos naturais do ser humano, na forma de interrelação do Sistema 1 com o Sistema 2, descritos acima, como as dificuldades de julgar adequadamente as chances do resultado da adjudicação, pelos vieses do autointeresse, além das diferentes percepções de justeza de cada parte, e os vieses do tempo.

Então, concluímos acima que a obrigatoriedade da audiência de mediação pode ser um estímulo adequado para controlar os vieses que prejudicam uma escolha adequada entre o acordo e a adjudicação, e que essa obrigatoriedade será mais efetiva se considerada como uma espécie de processo paralelo ao processo adjudicatório, de maneira a controlar os vieses do tempo.

Mas como fazer com que a obrigatoriedade seja realmente observada e atinja seus objetivos? Como dito logo de início, e o que justificou a investigação deste trabalho, foi a constatação de que, apesar da regra do artigo 334 do CPC, não ter havido aumento consistente no número de audiências que são realizadas e nem nas taxas de acordo nos processos judiciais .

Devemos, assim, considerar os estímulos para que a obrigatoriedade seja vista como uma regra padrão no procedimento do CPC, uma regra a ser efetivamente cumprida e vista de maneira positiva pelos sujeitos processuais. O CPC já prevê alguns incentivos para tanto, como a necessidade de manifestação de desinteresse por ambas as partes, em alguns prazos especificados, e a possibilidade de aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, em caso de não comparecimento injustificado. Por que apenas esses estímulos não funcionam suficientemente?

Em primeiro lugar, porque apenas incentivos econômico-pecuniários, de caráter sancionatório, não enfrentam todos os vieses cognitivos discutidos anteriormente. A aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça pode influenciar em alguns comportamentos procrastinadores das partes, o que inclusive é contraproducente, por estimular os réus a jogarem com a aversão ao risco dos

autores e adiarem a adjudicação, em razão da forma de contagem do prazo processual para contestar (art. 335, I, CPC).[189]

Os estímulos financeiros, de caráter positivo ou premial, também podem ocasionar efeitos de *crowding out*, ou deslocamento motivacional, em que "aumentar os incentivos pecuniários para obedecer a lei pode reduzir, ao invés de aumentar, os comportamentos socialmente desejáveis".[190] Ou seja, em que partes podem considerar a multa como o preço a ser pago, dentre os custos do processo, para evitar um acordo.

Embora isso possa ser visto como uma medida de aumento da zona positiva de acordo, já que o aumento dos custos do processo é um dos elementos que estimulam a consideração das partes em favor de um acordo, o efeito de *crowding out* acaba causando o problema da falácia de custos a fundo perdido (*sunk costs*), pois as partes podem considerar de antemão esse valor como um preço do processo, para aguardar o resultado adjudicado.

Logicamente que, em caso de um acordo, esse custo seria levantado e, portanto, importaria em um ganho para as partes. Porém, não se trata de uma multa aplicável indistintamente a todos os casos, uma vez que depende do não comparecimento injustificado. A indefinição de situações claras de não comparecimento injustificado prejudica o julgamento das partes quanto aos efeitos positivos de ganho da não aplicação da multa.

De outro lado, após a aplicação da multa, esse valor é direcionado ao Estado, como ato atentatório à dignitidade da justiça, multa que não é relevada caso haja algum acordo supervenientemente. A possibilidade de abatimento da

---

[189] O tipo padrão em que o autor tem aversão ao risco, podendo tender a um acordo, e o réu tem propensão ao risco, preferindo uma solução adjudicada, corresponde à maioria dos casos em que há litígios repetitivos de um *one-shotter* (OS) contra um *repeat player* (RP).

[190] FELDMAN, *The Law of Good People, ob. cit.*, p. 63. O autor cita um caso em que uma creche lidava com atrasos consistentes de alguns pais em pegarem os filhos e, para coibir esse comportamento, impôs uma taxa, uma multa, aos pais atrasados. Isso levou ao aumento das taxas de atraso, já que outros pais, que não atrasavam consistentemente, passaram a encarar a taxa com um preço, um custo para a retirada mais tarde. Para o autor, é um caso em que a motivação intrínseca das pessoas foi afetada pela motivação extrínseca, e o que era visto como moralmente devido (não atrasar na retirada dos filhos), passou a ser visto como relação de mercado, bastando pagar um valor para receber a benesse diferenciada. A retirada da multa não retornou os percentuais de retirada tempestiva aos valores anteriores, o que é um obstáculo bastante relevante,

multa ou devolução dela poderia ser um estímulo para acordos supervenientes, pelo menos para quebrar a lógica dos efeitos de custos a fundo perdido e de *crowding out*.

Além disso, devemos considerar que os prazos previstos para que as partes manifestem o desinteresse na audiência de mediação, o autor na petição inicial e o réu por petição de até 10 dias de antecedência à audiência (art. 334, §5º, CPC), também reforçam vieses cognitivos e comportamentais, em especial o prazo estabelecido para o réu. A fixação desse prazo pode causar efeitos contraproducentes, levando o réu a adiar a manifestação desfavorável o máximo possível, o que aumenta os vieses do tempo em relação à parte contrária.[191]

Não se ignora que os efeitos do tempo podem ser alterados conforme a tutela de urgência existente no caso, estimulando o réu a propor mais acordos para resolver o processo e revogar a tutela de urgência; contudo, como já visto anteriormente, a tutela de urgência pode ter um efeito de dotação, na visão do autor quanto à justiça do resultado de um acordo.

Por isso que aqui propomos medidas que vão além dos incentivos pecuniários, de natureza sancionatória, previstos pelo CPC, e que levem a obrigatoriedade da audiência de mediação às suas últimas consequências. Mas, para isso, as partes precisam saber que se trata de uma medida obrigatória, e não mera sugestão de envio à mediação. É para isso que *nudges* podem ser úteis.

3.4.1. Partes e advogados

[191] "Setting relatively short deadlines can encourage socially desirable and self-beneficial behaviors, and removing or setting relatively long deadlines can discourage socially undesirable behavior. Our experimental studies suggest that deadlines can serve as a means to steer people in the right direction, and that extending deadlines can discourage less desirable conduct." (Eyal ZAMIR, Daphna LEWINSOHN-ZAMIR, e Ilana RITOV, "It's Now or Never! Using deadlines as nudges". *Law & Social Inquiry,* vol. 42, issue 3, Summer 2017, p. 796).

Nudges ("empurrões cognitivos e comportamentais") têm utilidade em situações em que as pessoas precisam "tomar decisões difíceis e pouco frequentes, cujo feedback não é sentido imediatamente, e também quando não conseguirem traduzir determinados aspectos da situação em termos fáceis de compreender."[192] Da maneira como são colocados pelos autores que propõem essa expressão, os *nudges* não podem ser tomados com uma maneira de forçar os sujeitos a fazerem aquilo que não querem ou de decidirem contra seu próprio interesse. Ao contrário, devem ser vistos como um incentivo para que eles decidam e o façam de maneira positiva.

Escolher entre resolver o conflito por uma solução adjudicada por um terceiro ou por uma solução consensual por si mesmo não é das decisões mais fáceis que podem ser tomadas – o que tentamos demonstrar com a série de problemas cognitivos dos tópicos anteriores deste capítulo.

Igualmente, não se trata de uma decisão tão frequente para a maior parte das pessoas envolvidas em um conflito. Litigantes eventuais (OS), como o próprio nome indica, não são partes que possuem muitos processos ajuizados, ao contrário dos litigantes habituais (RPs), o que reforça a razoabilidade de utilização de um *nudge*, para evitar a exploração dos vieses cognitivos dos litigantes eventuais (OS).[193]

O *feedback* também não costuma ser imediato ou tempestivo, em especial para as questões envolvendo os possíveis arrependimentos na escolha tomada, o que aumenta os riscos de um litigante eventual.

É aqui que retomamos o conceito de arquitetura de escolhas, com destaque especial ao modelo de opção padrão (*default rule*):

> [...] se há uma opção-padrão – uma opção que prevalecerá caso nenhuma outra seja escolhida -, podemos esperar que um grande número de pessoas acabará por mantê-la, mesmo que não seja boa. [...] essas tendências à falta de ação são reforçadas quando, de forma implícita ou

---

[192] THALER e SUNSTEIN, *Nudge, ob. cit.*, p. 87

[193] ZAMIR e TEICHMAN, *Behavioral Law and Economics, ob. cit.*, p. 163.

> até explícita, se sugere que a opção-padrão representa a ação normal ou mesmo a ação recomendada.
> As opções-padrão são onipresentes e poderosas. Também são inevitáveis, tendo em vista que para cada nó de um sistema de arquitetura de esclhas é preciso ter uma regra que determine o que acontece se o tomador de decisões não fizer nada.[194]

A obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC é um tipo de regra-padrão: a audiência deve acontecer na maioria dos casos, havendo sua dispensa somente com manifestação contrária de ambas as partes (ou todas, em caso de litisconsórcio), nos termos do §4º, inciso I, daquele artigo.

O problema é que os demais estímulos são muito confusos para que as partes entendam a obrigatoriedade flexível da opção-padrão. O artigo 334 do CPC é uma opção-padrão com possibilidade de *opt out* pelas partes, mas sem critérios claros para especificar o que é uma dispensa justificada da audiência, os vieses cognitivos dificultam a escolha adequada. E, com isso, entram em ação os vieses do *status quo*, que incentivam a solução adjudicada do conflito, pela "cultura da sentença".

Para que essa regra-padrão fosse efetivamente aplicada como previsto pelo legislador, alguns estímulos adicionais devem ser previstos.

Em primeiro lugar, o sistema processual deveria exigir que as próprias partes declarassem, com assinatura própria, se aceitam ou não se submeterem ao procedimento de mediação, declaração padrão que seria fornecida pelo próprio Poder Judiciário, para evitar vieses cognitivos vários de cada parte e dos advogados. Por efeitos cognitivos e comportamentais, a pessoa, ao declarar e assinar um documento comprometendo-se a se comportar de tal maneira, é mais tendente a realmente vir a se comportar daquela maneira no futuro.

Essa declaração deveria vir com um resumo claro das vantagens e desvantagens da opção pela solução consensual, e recomendada como opção-padrão para os processos judiciais. Pelo viés da inércia, espera-se que muitas

---

[194] THALER e SUNSTEIN, *Nudge, ob. cit.*, ps. 101-102.

dessas declarações padrão sejam assinadas em concordância à audiência de mediação.

Não se ignora que há certos direitos que não são disponíveis ou mesmo transacionáveis (art. 3º, Lei 13.140/2015), mas isso é questão residual, e pode ser controlada posteriormente, pelos advogados, pelos juízes e pelos mediadores.

O que importa é que a declaração direta pelas partes, com assinatura delas, as incentiva a se vincularem ao procedimento da mediação, assumindo-o como opção-padrão do sistema, e lhes dá visibilidade e informação sobre as características e possíveis vantagens de uma solução consensual – o que contribui ainda mais para os efeitos educacionais pretendidos pelo CPC.

Além disso, ao incluir o *nudge* da declaração padrão pela própria parte, contorna-se um problema de agência não vislumbrado pelo CPC: o artigo 334, §5º, prevê que o autor deve indicar, na petição inicial, e o réu em petição específica, o desinteresse na tentativa de solução consensual. Como as peças processuais não são assinadas pelas partes, mas sim por seus advogados, estes podem acabar colocando seus próprios vieses cognitivos em jogo, declarando o que entendem melhor pelas partes, mas sem a escolha real e preferida destas.

Da mesma forma, com uma declaração padrão pelo réu, pode-se superar os problemas dos prazos para que ele venha a declaração seu interesse ou desinteresse na audiência de mediação. Essa declaração padrão seria preenchida na própria citação, realizada por oficial de Justiça ou mesmo por correio, sendo devolvida e juntada aos autos com a certidão positiva de citação.

3.4.2. Litigância repetitiva

Um *nudge* específico é necessário para os litigantes habituais e os casos de litígios repetitivos: a criação de padrões de acordo.

Como dito, um grande viés que possivelmente entrava soluções consensuais decorre de dificuldades em julgamentos de justiça pelas partes. Ao não ser possível identificar padrões de comportamento do litigante habitual em suas causas repetitivas, fica difícil analisar se um acordo em um caso é justo ou não, conforme os padrões de outros casos semelhantes.

Para isso, programas podem ser instituídos pelo Poder Judiciário, para vincular os litigantes habituais não só a metas de redução de litígios e aumento de acordos, mas para a fixação de princípios e padrões dos acordos a serem realizados.[195]

O uso da tecnologia também pode auxiliar sensivelmente nesta proposta, pela compilação de casos semelhantes e dos termos dos acordos homologados, o que pode inclusive ajudar a superar alguns dos problemas da confidencialidade da mediação para a criação de padrões de justiça de acordos.[196]

Esses tipos de estímulos podem ajudar a equilibrar o jogo entre os litigantes eventuais e os litigantes habituais, bem como a controlar os vieses cognitivos de ambas as partes, sem levar à necessidade de afastar a regra-padrão da audiência de mediação.

Apesar de o padrão quádruplo da escolha na incerteza sugerir que se poderia reforçar a dispensa da mediação em caso de manifestação exclusiva do litigante eventual (cujo padrão de risco costuma ser de aversão, tanto como autor, como quanto réu), para não prejudicá-lo no jogo contra o litigante habitual; a

---

[195] Por exemplo, os programas do TJ-SP "Empresa Amiga da Justiça" (Portaria nº 9.447/2017 - http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=157009&flBtVoltar=N, acesso em 01/07/2020) e "Município Amigo da Justiça" (Portaria nº 9.877/2020 - http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/186417, acesso em 01/07/2020) poderiam ter padrões de valores e condições de acordos a serem feitos, informados dentro do conjunto de metas da empresa ou do município parceiro, para que a outra parte possa previamente analisar as concepções de justiça do acordo proposto e, assim, superar os vieses cognitivos. Isso permite também que o Judiciário faça um controle prévio dos termos padrão dos acordos, o que pode ajudar a superar algumas das críticas de Owen FISS, "Contra o Acordo", *ob. cit.*

[196] Nesse sentido, Orna RABINOVICH-EINY, e Ethan KATSH, "The New New Courts". *American University Law Review,* vol. 67, 2017, ps. 165-215; Ethan KATSH, e Orna RABINOVICH-EINY, *Digital Justice:* Technology and the Internet of Disputes. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2017; e Fernanda Mattar Furtado SURIANI, "Access to Justice and *Consumidor.gov* case". *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; e RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coord.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, ps. 237-258).

obrigatoriedade da mediação busca a superação de outros vieses cognitivos, como já amplamente afirmado anteriormente,[197] o que justifica a preferência pelos *nudges* da criação de termos padrões dos acordos em litígios repetitivos.

3.4.3. Juízes

Por fim, devemos também considerar os vieses cognitivos dos juízes.

É bastante comum que, independente da manifestação favorável ou não das partes, os magistrados dispensem a audiência do artigo 334 do CPC em casos variados.[198]

Justifica-se que a conciliação das partes pode ser tentada a qualquer momento, inclusive extrajudicialmente; que, em razão de infraestrutura insuficiente dos CEJUSCs em muitas comarcas, não há condições de dar vazão eficiente à quantidade de demandas que são ajuizadas; que o procedimento da audiência de tentativa de solução consensual pode importar em atrasos no processo, comprometendo a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF); e que, em muitos casos, a experiência demonstraria a inviabilidade dos acordos.[199]

Nota-se que essas posturas dos juízes confirmam consistentemente aspectos da "cultura da sentença", principalmente a "*falsa percepção* de que a *função de conciliar é atividade menos nobre*, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz."[200] Em razão disso, mais estímulos

---

[197] Itens 4.3.1. a 4.3.4., *supra*.

[198] Nessa linha, Paulo Eduardo Alves da SILVA, e Tatyana Chiari PARAVELA, "'Algum dia, talvez, se for o caso...' – Frequência e motivos para a não designação da audiência do artigo 334 do CPC em comarcas da Justiça estadual paulista". *Revista Eletrônica de Direito Processual,* v. 21, n. 3 (2020), ps. 500-533.

[199] Nesse sentido, entre outros, alguns exemplos de decisões judiciais: TJ-SP, autos n. 1018427-24.2020.8.26.0100, fls. 59/61; TJ-SP, autos n. 1004415-78.2020.8.26.0011, fls. 58/59; e TJ-SP, autos n. 1028409-62.2020.8.26.0100, fls. 109/112.

[200] WATANABE, "Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação", *ob. cit.*, p. 68.

comportamentais deveriam ser voltados aos juízes, para que realmente observem a obrigatoriedade da regra-padrão da audiência do artigo 334 do CPC.

De início, já se nota que uma boa parte das sugestões apresentadas no item 4.3. e seus subitens procura contornar essas posições dos magistrados, boa parte delas decorrentes de vieses cognitivos dos juízes.

Em especial, as questões dos atrasos e da insuficiência de infraestrutura pode ser combatida pela sugestão de desvinculação integral dos procedimentos de solução consensual e de solução adjudicada. Ao correrem em paralelo, o procedimento de mediação não prejudica a duração razoável do processo adjudicado, o que supera essas restrições dos juízes.

Além disso, como afirmado anteriormente, a ausência de momentos definidos para a realização de tentativas de solução consensual, além daqueles dos artigos 334 e 359 do CPC, não permite que as partes e os demais sujeitos processuais superem seus vieses da inércia, para que a conciliação seja realmente tentada a qualquer momento.

Por fim, é essencial que hajam estímulos para enfrentar especialmente as heurísticas da disponibilidade e da representatividade dos magistrados. Como eles lidam com muitas demandas, várias delas de matérias repetitivas, acabam criando padrões próprios de tipos de conflitos que são conciliáveis e aqueles que não o são. Grande parte desses padrões decorrem das heurísticas referidas: os casos mais fáceis de serem recuperados da memória, muitos dos quais com características chamativas bastante peculiares, acabam fundamentando a criação de modelos, que, pela representatividade, tornam-se categorias a que os casos novos podem ser comparados.

Com isso, alimenta-se um ciclo de casos anteriores que não foram submetidos a soluções consensuais serem vistos como padrões para novos casos não serem submetidos às soluções consensuais, sem possibilidade de modificação do comportamento anterior.

Para isso, *nudges* podem ser úteis, ao haver compilações de casos solucionados em procedimentos conciliatórios diversos, judiciais e extrajudiciais,

que possam demonstrar aos juízes que mesmo aqueles casos padrões que eles consideram não conciliáveis, podem ser conciliados. Aqui, mais uma vez, a tecnologia pode ser de grande valia, como por exemplo os dados compilados pela plataforma Consumidor.gov.br.[201]

De todos esses pontos, considerando as características das partes, os vieses cognitivos delas, de seus advogados e dos juízes, além dos aspectos do conflito, acreditamos ter sido possível demonstrar que a obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC deve ser encarada como um importante estímulo comportamental não só para que as pessoas considerem a opção da solução consensual em face da solução adjudicada; mas também que possam controlar seus vieses cognitivos para que a solução consensual seja a mais adequada possível ao conflito existente.

Apenas a obrigatoriedade, porém, não é suficiente. Estímulos adicionais devem ser previstos, muitos deles de caráter leve e pouco invasivo, ao contrário da multa prevista pelo §8º do artigo 334 do CPC. Informação adequada sobre as características da mediação; manifestação pessoal, específica e breve das partes sobre seu interesse na solução consensual; criação de padrões de justiça de acordos; e desvinculação do procedimento da mediação do processo judicial, ambos correndo em paralelo, com etapas sucessivas para acordos e solução adjudicada, são alguns dos estímulos que sugerimos para reforçar a obrigatoriedade da audiência da mediação no processo civil brasileiro.

A mediação não será uma solução para todos os casos, mas pode ser mais utilizada e de forma mais adequada do que no momento, no contexto de superação dos vieses cognitivos e comportamentais das partes, na escolha a ser feita entre uma solução adjudicada ou uma solução consensual.

---

[201] Disponíveis em https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1597816210065, “Infográficos” e “Indicadores”. Acesso em 11/07/2020.

CONCLUSÕES

O incentivo aos mecanismos consensuais de solução de conflitos passou a integrar o conjunto de princípios e de normas fundamentais do processo civil brasileiro, na vigência do Código de Processo Civil/2015, estando previsto em seu art. 3º, § 3º.

Acesso à justiça não deve mais ser considerado somente acesso ao Judiciário, mas acesso à ordem jurídica justa, o que envolve necessariamente estímulos para a prestação jurisdicional também pela solução consensual dos conflitos.

Dentre os incentivos para a solução consensual, no regime do CPC/2015, assoma seu artigo 334, que fixa medidas para obrigar as partes a se submeterem a uma audiência preliminar de mediação, na tentativa de solucionarem o conflito pelo acordo, antes de, com a contestação, o processo assumir um caráter abertamente adversarial.

Contudo, mesmo com os incentivos do artigo 334 do CPC, a quantidade absoluta de audiências de mediação e os índices de conciliação, apurados pelo anuário Justiça em Números, não sofreram mudanças consideráveis, sem qualquer aumento de destaque.

O que nos trouxe uma inquietação: por que, apesar dos incentivos daquele dispositivo, seu impacto não foi considerável? Por que as partes não se submetem a tentativas de solução consensual no curso do processo, em números de sejam pelo menos estatisticamente relevantes, no conjunto de processos judiciais em tramitação?

Essa inquietação fica ainda maior ao termos visto que, conforme pesquisa conduzida pela Faculdade de Economia e Administração de Ribeirão Preto (FEA/RP), da Universidade de São Paulo, em projeto do CNJ, a maioria dos

advogados das partes concorda que a mediação deve ser obrigatória em todos os processos e que isso é mais benéfico para as partes do que prejudicial.

Por que, então, mesmo com a norma do artigo 334 do CPC, não houve substancial mudança do comportamento das partes e dos sujeitos processuais, para que mais tentativas de solução consensual fossem realizadas? Nossa hipótese de trabalho era de que os estímulos comportamentais escolhidos pelo legislador no CPC eram insuficientes, acanhados, para enfrentar os obstáculos comportamentais apresentados.

Para examinar essa hipótese, partimos inicialmente, no capítulo 1, a discutir as polêmicas envolvendo a obrigatoriedade da mediação, os argumentos pró e contra o acordo, e defendemos que não se deve confundir o incentivo à escolha do mecanismo de solução consensual, com o estímulo ao acordo, a resolver o conflito pelo acordo.

Com base na distinção entre decisão de primeira ordem e decisão de segunda ordem, argumentamos que a obrigatoriedade da audiência de mediação deve ser vista como uma decisão de segunda ordem, quanto à forma de escolher a decisão de primeira ordem, ou seja, entre o conteúdo do acordo, em comparação com as alternativas existentes.

Por isso que entendemos que a obrigatoriedade da audiência de mediação não é um problema em si mesmo, mas depende dos condicionantes e dos elementos acessórios, dentro do possível espectro de mandatoriedade da mediação. É nesses condicionantes e elementos acessórios que devem ser inseridos os estímulos comportamentais, dentro da arquitetura de escolhas entre a adjudicação e o consenso.

Em razão da importância dos estímulos comportamentais, o capítulo 2 propôs apresentar um consistente, embora resumido, panorama dos estudos das áreas da psicologia e da economia, propondo explicações e levantando condicionamentos do comportamente humano.

Apresentou-se inicialmente um guia do comportamento, alguns parâmetros determinantes de como as pessoas se comportam, fazendo julgamentos, tomando

decisões entre alternativas e escolhendo condutas a serem exercidas no ambiente. O guia do comportamento revela que o comportamento é influenciado, condicionado, por estímulos diversos, não só do presente, mas de experiências passadas e de perspectivas futuras, além do modo como esses estímulos são avaliados e julgados pela mente.

A partir daí, analisou-se, a partir das propostas de Kahneman,a teoria do processo dual de funcionamento da mente, baseado na identificação dos sistemas designados de 1 e 2, isto é, o primeiro que seria *automático e intuitivo*, enquanto o segundo seria *raciocinante e avaliador*, embora sujeito aos condicionantes de *comodismo e esgotamento*. As interrelações entre os dois sistemas explicam uma série de problemas comportamentais das pessoas, aspectos que a teoria econômica padrão não considerava como racionais e previsíveis.

Esse conjunto de problemas comportamentais, resumidos em algumas heurísticas e vieses, descrevem muitas das incongruências do comportamento humano em relação aos modelos teóricos da racionalidade econômica. Representam um conjunto de vieses cognitivos que é de extrema valia para estudar, em uma situação de conflito, os estímulos para o comportamento em direção à solução consensual adequada.

Além disso, o modelo explicativo de funcionamento dual do cérebro também descreve julgamentos das pessoas em questões morais, como os dilemas dos bondese as escolhas entre opções controversas em ética e moralidade. Essa exposição da moralidade rápida e devagar foi relevante para demonstrar como as possíveis críticas à obrigatoriedade da audiência de mediação podem decorrer de vieses cognitivos de moralidade, cabendo ao arquiteto de escolhas controlar seus vieses morais e estruturar a arquitetura de escolhas do modo que produza o maior bem-estar das pessoas – a melhoria da experiência da maioria.

Foi a partir daí que passou-se a analisar em detalhes a obrigatoriedade da audiência de mediação e os estímulos a ela ligados, na estrutura do CPC, no capítulo 3. Vimos como os estímulos existentes no diploma processual são bastante limitados, selecionados especialmente como incentivos econômico-pecuniários, e pouco ligados aos vieses comportamentais esperados.

Ademais, os estímulos existentes nem mesmo consideram seus impactos na estrutura de escolha na incerteza, pelo modelo quádruplo da teoria da perspectiva. Com base nesse modelo, defende-se que a escolha entre uma solução consensual ou uma solução adjudicada depende dos custos do processo e das previsões das partes quanto às suas chances de sucesso ou insucesso na solução judicial.

Todavia, os vieses cognitivos e comportamentais produzem consistentes desvios desse modelo padrão de previsão de expectativa de submissão de um litígio à solução adjudicada, vieses cognitivos em especial os relacionados a problemas de racionalidade limitada, força de vontade limitada e autointeresse limitado.

Com base nisso, demonstrou-se como esses vieses atuam consistentemente para variar as percepções das partes quanto às suas chances de sucesso na solução adjudicada, bem como em suas acepções de justeza de um resultado de consenso.

Além disso, buscou-se demonstrar que o tempo é um fator muito relevante, não devendo ser desconsiderado, por impactar na forma de avaliação dos resultados futuros e em razão do viés de inércia das pessoas, de se acomodarem com a situação preexistente, caso precisem agir.

Por causa de todos esses vieses comportamentais, não enfrentados pelos estímulos existentes no CPC, e não enfrentáveis meramente com alteração de alocação de custos do processo ou de modificação do grau de certeza de soluções adjudicadas (com reforço da jurisprudência, por exemplo), é que foram propostos incentivos adicionais, alguns deles na forma de *nudges*, estímulos poucos invasivos, respeitada a autonomia de vontade das pessoas – das partes e dos sujeitos do processo.

Mesmo a obrigatoriedade da mediação, nesse sentido, pode ser vista num conjunto de *nudges*, como *opção padrão* do processo, ou seja, passível de opção *opt out* pelas pessoas. Todavia, para estimular a opção *opt in* de forma mais adequada, propôs-se que *nudges* adicionais sejam tomados, direcionados às partes, a seus advogados, e aos juízes, considerando o tipo de conflito envolvido.

Em primeiro lugar, o procedimento de solução consensual deveria ser completamente desvinculado do procedimento de solução adjudicada, ambos passando a tramitar em paralelo, influenciando-se mutuamente nos estímulos cognitivos e comportamentais conforme tivessem andamento. Essa desvinculação, defendemos, ajudaria a enfrentar os vieses cognitivos do tempo, em relação às partes, e os vieses dos juízes, quanto às suas restrições de realizarem mediações em todos os processos, atravancando a razoável duração do processo adjudicatório.

Para as partes, ademais, deveria haver uma manifestação direta e com assinatura própria, em formulário padrão de declaração informada, pelo qual as partes teriam ciência das características da mediação e de suas vantagens e desvantagens, concluindo com a aplicação da opção padrão da obrigatoriedade da mediação, ou a escolha *opt out*. Isso também contribuiria para desvincular a manifestação das partes da manifestação de seus advogados, o que reforçaria o comportamento aderente daquelas à obrigatoriedade da mediação.

Além disso, estímulos específicos deveriam ser estruturados em conflitos repetitivos, para a criação de padrões de termos de acordo, a fim de que as concepções de justeza e de justiça das partes não fossem tão enviesadas e prejudicassem possíveis acordos. Para tanto, a tecnologia poderia ajudar, compilando acordos anteriores e resumindo os termos gerais, com o objetivo de padronizar os termos comuns e facilitar o desenviesamento das partes.

Por fim, para os juízes, a tecnologia também poderia contribuir para quebrar seus vieses cognitivos das heurísticas da disponibilidade e da representatividade, de modo que eles considerem a obrigatoriedade da mediação como regra padrão, e não criem exceções conforme suas experiências passadas, que sofrem com os vieses cognitivos.

Com base nas constatações de estudos da psicologia e da economia comportamentais, acreditamos que foi demonstrada a hipótese inicial, de que os estímulos exigentes são insuficientes para conduzir as pessoas a se comportarem de modo que mais tentativas de solução consensual fossem realizadas. Nesse sentido, essas propostas visam não a obrigar os litigantes a sempre optarem pelo

acordo, mas para que os objetivos visados pelo legislador, de incentivar mais tentativas de solução consensual dos conflitos, sejam realmente efetivados, através de determinados estímulos comportamentais, para as partes e os demais sujeitos do processo.

Acredita-se que essas propostas abrem espaço para pesquisas empíricas específicas, para testagem da validade prática das previsões teóricas, além de estudar as possíveis adaptações conforme os tipos de conflitos e de litigantes.

Assim, por meio de um correto arranjo de estímulos comportamentais, poderemos ter um sistema processual que seja mais adequado para atingir o objetivo do acesso à ordem jurídica justa.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa: a Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. "O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos". *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 195, ano 36, pp. 185-211, 2011.

_____; PANTOJA, Fernanda Medina; e PELAJO, Samantha (coord.). *A mediação no novo código de processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Gabriel Guarino Sant'anna Lima de. "Representações sobre formação de mediadores judiciais em Niterói". *Anima – Revista do Centro Universitário Estácio do Ceará,* ano 14, n. 28, out./dez. 2014, ps. 75-79.

ALMEIDA, Tania. "Mediação e Conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas". *In:* CASELLA, Paulo Borba, e SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de Conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 93-102.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. "Ser um *mestre* em mediação?". *In:* CASELLA, Paulo Borba, e SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de Conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 39-48.

ANGNER, Erik. *A Course in Behavioral Economics*. 2. ed., London, UK; New York, NY: Palgrave Macmillan, 2016.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra,* 2ª ed., trad. bras. orientada por Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. "A Mediação, um propósito de transcendência para o ensino". *In:* BRAGA NETO, Adolfo; e SALES, Lília Maia de Morais (Org.). *Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de solução de conflitos.* Rio de Janeiro: GZ, 2012, ps. 82-88.

ARIELY, Dan. *Predictably Irrational:* The hidden forces that shape our decisions. New York: Harper, 2009.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A Mediação e a Conciliação de Demandas Repetitivas.* Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____; e SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. “Desmistificando a ‘Cultura do Acordo’: Os discursos de acesso à justiça e eficiência no atual cenário da mediação e da conciliação judiciais no Brasil”. *In:* FREITAS JR., Antonio Rodrigues de, e ALMEIDA, Guilherme Assis de (coords.); e SOUZA, Michel Roberto O. de (org.). *Mediação e o novo Código de Processo Civil.* Curitiba: Juruá, 2018, ps. 17-50.

AXELROD, Robert. *A Evolução da Cooperação*. Trad. bras. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo editora, 2010.

AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

_____. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

_____. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* v. 4. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2007.

_____. "Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados". *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

_____. "Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista". *In:* CASELLA, Paulo Borba, e SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de Conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 17-38.

_____. "Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual". *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação,* v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BABCOCK, Linda; George LOEWENSTEIN, e ISSACHAROFF, Samuel. “Creating Convergence: debiasing biased litigants”. *Law and Social Inquiry*, vol. 22, no. 4, Fall 1997, ps. 913-926.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais* - A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. "A Mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos". *Revista de Processo,* São Paulo, n. 95, jul./set., 1999, pp. 122-134.

_____. "Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira". *In:* CASELLA, Paulo Borba, e SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de Conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 85-91.

BARBADO, Michelle Tonon. "Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação". *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/quarta-parte-artigo-dos-alunos/um-novo-perfil-para-a-advocacia-o-exercicio-profissional-do-advogado-no-processo-de-mediacao, acesso em 13/12/2015.

BARBI, Celso Agrícola. "O Papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos". *Revista de Processo,* São Paulo, v. 10, n. 39, jul./set. 1985, pp. 119-121.

BARBOSA, Águida Arruda. "Composição da historiografia da mediação interdisciplinar: instrumento para o moderno direito de família". *Revista EPD*. São Paulo, v. 1, n. 1, maio/ago. 2005, pp. 257-270.

BARBORA MOREIRA, José Carlos. "O Futuro da Justiça: alguns mitos". *In:* _. *Temas de direito processual - Oitava Série.* São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 1-13.

BAR-HILLEL, Maya. “The Base-Rate Fallacy in Probability Judgments”, *Acta Psychologica*, 44 (1980), ps. 211-233.

BECHARA, Fábio Ramazzini. "Breves apontamentos sobre a Mediação de Conflitos". *In:* BLAZECK, Luiz Maurício Souza, e MARZAGÃO JR., Laerte I (orgs.). *Mediação - Medidas alternativas para Resolução de Conflitos Criminais*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 45-51.

BENETI, Sidnei Agostinho. “Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade”. *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, ano 5, n. 9, jan./jun. 2002.

BLAZECK, Luiz Maurício Souza, e MARZAGÃO JR., Laerte I. (orgs.). *Mediação: Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos Criminais.* São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BORDONE, Robert C.; MOFFITT, Michael L.; e SANDER, Frank E. A. "The next thirty years: directions and challenges in dispute resolution". *In* MOFFITT, Michael L.; e BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution.* San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. "As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu reexame. *In:* _____. *Teses, estudos e pareceres de processo civil.* v. 1. São Paulo: RT, 2005.

BRAGA NETO, Adolfo. “Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas”. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, mediação e arbitragem - curso

básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, ps. 103-125.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

_____. Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

_____. *Código de Processo Civil*: Histórico da Lei. Vol. I, T. I, Brasília: Senado Federal, 1974. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4, acesso em 30/06/2020.

_____. Projeto de Lei nº 533/2019. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394, acesso em 10/07/2020.

BREST, Paul. "Alternative Dispute Resolution Grab Bag: Complementary Curriculum, Collaboration, and the Pervasive Method". *In: The Symposium: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges, Part I. Florida Law Review,* vol. 50, n. 4, September 1998, ps. 753-756.

BURGER, Warren E. "Isn't there a better Way?". *American Bar Association Journal*, vol. 68, march 1982, ps. 274-277.

BUSH, Robert A. Baruch. "One size does not fit all: a pluralistic approach to mediator performance testing and quality assurance"*. Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 19, 2003-2004, ps. 965-1004.

_____. "Using Process Observaton to Teach Alternative Dispute Resolution: Alternatives to Simulation". *Journal of Legal Education*, vol. 37, n. 1, 1987, ps. 46-57.

CALABRESI, Guido. *The Future of Law & Economics*: essas in reform and recollection. New Haven, Connecticut; London, UK: Yale University Press, 2016.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

Cambridge Online Dictionary, disponível em https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/rule-of-thumb, acesso em 19/08/2020.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. *in* Revista de Processo, vol. 74, abril-junho de 1994, ps. 82-97.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Trad. bras. Ellen Gracie NORTHFLEET. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. "A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 56, out./dez. 1989, pp. 91-99.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *A conciliação no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: http://icj.com.br/portal/artigos/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/, acesso em 29/10/2015.

CARRINGTON, Paul D. "Civil Procedure and Alternative Dispute Resolution". *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 298-306.

CARROL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas.* Trad. bras. Sarah Bento Pereira. São Paulo: Pandorga, 2019.

CARTWRIGHT, Edward. *Behavioral Economics*. 3. ed., New York: Routledge, 2018.

CARVER, Todd B.; e VONDRA, Albert A. "Alternative Dispute Resolution: why it doesn't work and why it does". *Harvard Business Review*, may-june, 1994. Disponível em: https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does, acesso em 06/12/2015.

CATÃO, Ana Lucia; CRONEMBERGER, Lúcia Fialho; e CAPPANARI, Silvana (orgs.). *Mediação no Judiciário*: desafios e reflexões sobre uma experiência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. "Juizados especiais Cíveis (JECs) e faculdades de Direito: a universidade como espaço de prestação de Justiça". *In:* SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, ps. 123-153.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Eleonora. "Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil". *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 101-126.

CONCEIÇÃO, Lídia Maria Andrade; e OLIVEIRA, Paola Christina Calabró Lorena de. "Prefácio". *In:* CATÃO, Ana Lucia; CRONEMBERGER, Lúcia Fialho; e CAPPANARI, Silvana (orgs.). *Mediação no Judiciário*: desafios e reflexões sobre uma experiência. Rio de Janeiro: Forense, 2012, ps. IX-XI.

COOTER, Robert; e ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. ed., Boston, Massachusetts: Pearson, 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. "Cartografia dos métodos de composição de conflitos". *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. Disponível em http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos, acesso em 13/12/2015.

COSTA, Susana Henriques da; e FRANCISCO, João Eberhardt. “Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização dos mecanismos de *Online Dispute Resolution*: um estudo da plataforma consumidor.gov”. *In:* LUCON, Paulo Henrique

dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; e RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coord.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, ps. 665-687.

COWLEY, Michelle. "'The Innocent v The Fickle Few': How Jurors Understand Random-Match-Probabilities and Judges' Directions when Reasoning about DNA and Refuting Evidence", *Journal of Forensic Science & Criminal Investigation*, 2017, 3(5), ps. 555-601.

COUTO, Mônica Bonetti, e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. "A educação jurídica no Brasil e os meios não contenciosos de solução de conflitos". *In:* SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; e COUTO, Mônica Bonetti (orgs.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, ps. 369-382.

CRESPO, Mariana D. Hernandez. "A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse". *University of St. Thomas Law Journal,* vol. 5, n. 3, Spring 2008, ps. 665-674.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. "Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça". *In:* SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, ps. 43-71.

DARTNALL, Stephanie; e GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. "Enhancing Juror Understanding of Probabilistic DNA Evidence", *Australian Journal of Forensic Sciences,* 38:2, 2006, ps. 85-96.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação* - Proposta de implementação no processo civil brasileiro. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

DEUTSCH, Morton. "A Resolução do Conflito". *In:* André Gomma de AZEVEDO. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002, ps. 29-98.

DHAMI, Sanjit. *The Foundations of Behavioral Economic Analysis.* Oxford, UK: Oxford University Press, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; e WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo.* São Paulo: RT, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vols. I e II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. "Os Institutos Fundamentais do Direito Processual". *In:* _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* Tomo I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, ps. 245-298.

FAISTING, André Luiz. "O Dilema da Dupla Institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas". *In:* SADEK, Maria Tereza (org.). *O Sistema de Justiça*. Série Justiça - IDESP, São Paulo: Sumaré, 1999, ps. 43-59.

FALCÃO, Joaquim. "Estratégias para a Reforma do Judiciário". *In:* RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. ps. 13-28.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito:* os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Direito e Justiça no século XXI:* a crise da Justiça no Brasil. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf, acesso em 30/10/2015.

_____. *O Poder Judiciário no Brasil:* paradoxos, desafios e alternativas. Série Monografias do CEJ 3. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; e RAVAGNANI, Giovani (coord.). *O Advogado do Amanhã:* estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

FELDMAN, Yuval. *The Law of Good People:* Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior. Cambridge, UK; New York, NY: Cambridge University Press, 2018.

FELSTINER, William L. F.; ABEL, Richard L.; e SARAT, Austin. "The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming...". *Law and society review*, vol. 15, 1980-1981, p. 631-654.

FERNANDES, Amanda Federico Lopes. *A Convenção de Resolução Consensual de Conflitos.* Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2020.

FILGUEIRAS, Cassio. "A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 70-74.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos:* teoria de prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; e PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Trad. bras. Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FISS, Owen. *Direito Como Razão Pública:* Processo Jurisdição e Sociedade. Coord. trad. Carlos Alberto de Salles. 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2017.

FIUZA, César. "Prefácio". *In:* RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, ps. xxi-xxiv.

FRANKISH, Keith. "Dual-Process and Dual-System Theories of Reasoning". *Philosophy Compass* 5/10 (2010), ps. 914-926.

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; e O'DONOGHUE, Ted. "Time Discounting and Time Preference: A Critical Review". *Journal of Economic Literature*, vol. XL, June 2002, ps. 351-401.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. "Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura de paz". *in* SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. "Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 11-18.

FRIEDMAN, Lawrence. *Impact:* how law affects behavior. Cambridge, Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016

FUX, Luiz. "O novo ensino jurídico". *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,* Rio de Janeiro, vol. 3, n. 9, 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; FALECK, Diego; e TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos.* Coleção FGV de bolso. Série Direito & Sociedade n. 34. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

GALANTER, Marc. "Case Congregations and Their Carrers". *Law & Society Review*, vol. 24, no. 2, 1990, ps. 371-396.

_____. "Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute resolution". *Denver University Law Review*, vol. 66, 1988-1989, ps. xi-xiv.

_____. "Reading the Landscape of Dispute: What we know and don't know (and think we know) abou tour allegedly contentious and litigious Society". *UCLA Law Review,* vol. 31, no. 1, October 1983, ps. 4-71.

_____. “The Vanishing Trial: an Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts”. *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, no. 3, 2004, ps. 459-570.

_____. "Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process*", In:* Alternative Dispute Resolution in the Law Curriculum. *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 268-276.

_____. "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review,* vol. 9, n. 1, Fall 1974, pp. 95-160.

_____; e CAHILL, Mia. “Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements”. *Stanford Law Review,* vol. 46, no. 6, July 1994, ps. 1.339-1.392.

GARCEZ, José Maria Rossani. *ADRs*: Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. Análise estrutural, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARTH, Bryant. "ADR and Civil Procedure: a chapter or an organizing theme?". *Journal of Legal Education*, n. 37, n. 1, 1987, ps. 34-36.

_____. “From Civil Litigation to Private Justice: Legal Practice at War with the Profession and its Values”. *Brooklyn Law Review,* vol. 59, no. 3, January 1993, ps. 931-960.

_____. "Tilting the Justice System: from ADR as idealistic movement to a segmented market in dispute resolution". *Georgia State University Law Review,* vol. 18, 2001-2002, ps. 927-953.

GELFAND, Michele. *Rule Makers, Rule Breakers:* tight and loose cultures and the secret signals that direct our lives. New York, NY: Scribner, 2019.

GIUCIDE, Wagner. "Mediação de Conflitos". *In:* BLAZECK, Luiz Maurício Souza, e MARZAGÃO JR., Laerte I (orgs.). *Mediação - Medidas alternativas para Resolução de Conflitos Criminais*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 275-290.

GREENE, Joshua. *Tribos Morais*: A tragédia da moralidade do senso comum. Trad. bras. de Alessandra Bonrruquer. Rio de Janeiro: Record, 2018.

GRENN, Eric D. "Comprehensive Approach to the Theory and Practice of Dispute Resolution". *Journal of Legal Education,* vol. 34, n. 2, 1984, ps. 245-258.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Apresentação da Primeira Edição". *In:* CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação.* 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, ps. IX-XI.

_____."A Conciliação Extrajudicial no quadro participativo". *In:* DINAMARCO, Candido Rangel; _____; e WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo.* São Paulo: RT, 1988, ps. 277-295.

_____. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias". *Revista de Processo*, São Paulo, n. 46, abr.-jun. 1987, pp. 60-83.

_____. *Ensaio sobre a processualidade:* Fundamentos de uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____; WATANABE, Kazuo; e LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo:* revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Novas tendências do direito processual.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. "Os fundamentos da Justiça Conciliativa". *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano III, n. 5. Brasília: Escola Nacional de Magistratura, 2008, pp. 22-27.

_____. "Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC". *In:* Vários Autores. *O Novo Código de Processo Civil:* Questões Controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 1-21.

_____. "Prefácio". *In:* LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial:* análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012, ps. VII-IX.

_____. "Prefácio". *In:* SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, ps. XV-XVII.

GROSMAN, Claudia F.; e MANDELBAUM, Helena G. *Mediação no judiciário:* teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

GROSS, Samuel R.; e SYVERUD, Kent D. “Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement”. *UCLA Law Review*, vol. 44, no. 1, October 1996, ps. 1-64.

GUTHRIE, Chris. “Better Settle than Sorry: the regret aversion theory of litigation behavior”. *University of Illinois Law Review,* vol. 1999, no. 1, 1999, ps. 43-90.

_____. “Framing Frivolous Litigation: a Psychological Theory”. *Univerity of Chicago Law Review,* no. 67, 2000, ps. 163-216.

_____. “Prospect Theory, Risk Preference and the Law”. *Northwestern University Law Review*, no. 97, 2003, ps. 1.115-1.163.

HANS, Valerie P. “Judges, Juries, and Scientific Evidence”, *Cornell Law Faculty Publications*, paper 302 (2007).

HAYE, D. H.; e KOEHLER, Jonathan J. “Can Jurors understand probabilistic evidence?”, *Journal of the Royal Statistical Society, Series A (Statistics in Society*), vol. 154, no. 1 (1991), ps. 75-81.

HENNING, Stephanie A. "A framework for developing mediator certification programs". *Harvard Negotiation Law Journal,* vol. 4, 1999, ps. 189-230.

HENRICH, Joseph. *The Secret of our Success:* How culture is driving human evolution, domesticating our species and making us smarter. Princeton: Princeton University Press, 2016.

HENSLER, Deborah R. “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Re-Shaping our Legal System”. *Penn State Law Review*, vol. 108, no. 1, Summer 2003, ps. 165-198.

_____. "Puzzling over ADR: Drawing meaning from the Rand Report". *Dispute Resolution Magazine*, vol. 3, n. 4, Summer 1997, ps. 8-9.

_____. "Suppose it's not true: challenging mediation ideology". *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2002, n. 1, 2002, ps. 81-99.

HEWSON, Lindsay; e GOODMAN-DELAHUNTY, Jane. “Using multimedia to support jury understanding of DNA profiling evidente”, *Australian Journal of Forensic Sciences,* 40:1, 2008, ps. 55-64.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; e THALER, Richard H. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. *In:* SUNSTEIN, Cass R. (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, ps. 13-58.

“Judicial (mis)use of ADR – A Debate”. *University of Toledo Law Review*, vol. 27, no. 4, Summer 1996, ps. 885-895.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.

_____. Emenda n. 01 à Resolução n. 125, de 31 de janeiro de 2013.

_____. Emenda n. 02 à Resolução n. 125, de 08 de março de 2016.

_____. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019

_____. *Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes*. Brasília: CNJ, 2019

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar:* Duas formas de pensar. Trad. bras. Cássio de Arantes Leite, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____; e Amos TVERSKY, “Prospect Theory: an Analysis of Decision under Risk”. *Econometrica*, vol. 47, no. 2 (Mar. 1979), ps. 263-291.

KAPLOW, Louis; e SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Massachusetts; London, UK: Harvard University Press, 2006.

KATSH, Ethan; e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice:* Technology and the Internet of Disputes. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2017.

KIDDER, Robert L.; e MIYASAWA, Setsou. “Long Term Strategies in Japanese Environmental Litigation”. *Law & Social Inquiry,* vol. 18, no. 4, 1993, ps. 605-628.

KOMESAR, Neil. *Law’s Limits:* Rule of Law and the Supply and Demand of Rights. New York: Cambridge University Press, 2001.

KOVACH, Kimberlee K.; e LOVE, Lela P. "Mapping Mediation: The Riskis of Riskin's Grid". *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 3 (Spring, 1998), pp. 71-110.

LANDE, John. “Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering”. *Ohio State Law Journal*, vol. 64, February 2003, ps. 1.315-1.384.

LEE, Joel. *The evolving “A” in ADR.* Kluwer Mediation Blog, 14.03.2012. Disponível em http://kluwermediationblog.com/2012/03/14/the-evolving-a-in-adr/, acesso em 15/06/2016.

LEMES, Selma Ferreira. "A Arbitragem e o estudante de Direito". *Revista Direito ao Ponto*, n. 4, maio 2009.

LERMAN, Lisa G. "Teaching of Alternative Dispute Resolution". *Journal of Legal Education,* vol. 37, n. 1, 1987, ps. 37-40.

LOEWENSTEIN, George; ISSACHAROFF, Samuel; CAMERER, Colin; e BABCOCK, Linda. “Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining”. *Journal of Legal Studies,* vol. 22, no.1, January 1993, ps. 135-159.

LOEWENSTEIN, George; e O’DONOGHUE, Ted. “We Can Do This the Easy Way or the Hard Way: Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law”. *University of Chicago Law Review*, vol. 73, no. 1, Winter 2006, ps. 183-206.

LOEWENSTEIN, George; e MOORE, Don A. “When Ignorance is a Bliss: Information Exchange and Inefficiency Bargaining”. *Journal of Legal Studies,* vol. 33, no.1, January 2004, ps. 37-58.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “‘Sistema Multiportas’: opções para tratamento de conflito de forma adequada”. *In:* SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem* - curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, ps. 57-85.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. "Formação de mediadores e conciliadores - Resolução nº 125 do CNJ e a proposta da Enam". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 48-55.

_____. *Mediação Judicial:* análise da realidade brasileira - origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAIA NETO, Francisco. "O papel do advogado na mediação". *In:* ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 237-254.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos Conflitos e a Função Judicial no contemporâneo Estado de Direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. "Prefácio à 2ª edição". *In:* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, ps. IX-XII.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. “A Audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas”. *In:* ZANETI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Tribunal Multiportas* – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018, ps. 128-140.

MATHER, Lynn. “What Do Clients Want – What Lawyers Do”. *Emory Law Journal*, vol. 52, no. Special Edition, 2003, ps. 1.065-1.086.

_____; e YNGVESSON, Barbara. “Language, Audience, and the Transformation of Dispute”. *Law & Society Review*, vol. 15, no. 3, 1980-1981, ps. 775-822.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. "A reinvenção da tradição do uso da mediação". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, n. 3, ano 1, set./dez. 2004.

MENKEL-MEADOW, Carrie. “Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A tale of innovation co-opted or the law of ADR”. *Florida State University Law Review*, 19, n. 1, Summer 1991, ps. 1-46.

_____. “Whose Dispute Is It Anyway?: A philosophical and democratic defense of settlement (in some cases). *The Georgetown Law Journal*, vol. 83, 1995, ps. 2.663-2.696.

MERRY, Sally Engle. "Anthropology and the Study of Alernative Dispute Resolution". *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 277-283.

MINOW, Martha. "Some Thoughts on Dispute Resolution and Civil Procedure*", In:* Alternative Dispute Resolution in the Law Curriculum. *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 284-297.

MNOOKIN, Robert H.; e KORNHAUSER, Lewis. “Bargaining in the Shadow of Law: the case of divorce”. *Yale Law Journal,* vol. 88, no. 5, April 1979, ps. 950-997

MOBERLY, Robert B. "Introduction: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges." *In: Symposium: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges, Part I. Florida Law Review,* vol. 50, n. 4, September 1998, ps. 583-588.

_____. "Pedagogy for Negotiation", *In:* Alternative Dispute Resolution in the Law Curriculum. *Journal of Legal Education,* vol. 34, n. 2, 1984, ps. 315-325.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem:* alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. "Prefácio". *In:* SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, ps. 13-20.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; e ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de (coord.). *Arbitragem e Mediação:* temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETO, João Luiz Lessa. “O Novo CPC adotou o Modelo Multiportas!!! E agora?!”. *Revista de Processo*, vol. 244/2015, junho/2015, ps. 427-441.

NOBRE, Marcelo. "A Mediação *on-line*". *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 255-268.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Solução de Conflito:* sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. "A cláusula escalonada". *In:* ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 301-320.

PELUSO, Antonio Cezar. *Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf, acesso em 12/12/2015.

_____; e RICHA, Morgana de Almeida (coords.). *Conciliação e Mediação:* Estruturação de Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO. Débora. “O dia em que o CNJ optou por uma boa conversa”. *Revista Consultor Jurídico,* 17 de setembro de 2009. Disponível em https://www.conjur.com.br/2009-set-17/imagens-historia-ano-cnj-criou-dia-conciliacao, acesso em 09/08/2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. "A mediação judicial no novo CPC". *In:* RIBEIRO, Darci Guimarães, e JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Desvendando o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, ps. 67-85.

_____. "Prefácio". *In:* SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos* - da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____ (org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINKER, Steven. *The Better Angels of our Nature:* why violence has declined. New York, NY: Penguin Books, 2012.

_____. *The Stuff of Thought:* language as a window into human nature. New York, NY: Penguin Books, 2008.

PIPKIN, Ronald M. "Teaching Dispute Resolution in the First Year of Law School: An Evaluation of the Program at the University of Missouri-Columbia". *In: Symposium: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges, Part I. Florida Law Review,* vol. 50, n. 4, September 1998, ps. 609-666.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. "Mediação: a proposta da comissão de juristas do Senado (PLS nº 405/13) e a lei-modelo da Uncitral". *In:* ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 321-345.

PRIEST, George L.; e KLEIN, Benjamin. “The selection of disputes for litigation”. *Journal of Legal Studies*, vol. 13, January 1984, ps. 01-56.

PRIMON, Ana Gabriela de Melo. *O papel dos métodos consensuais de resolução de conflitos e o acesso à justiça efetiva:* uma análise a partir de dados empíricos. Trabalho de Conclusão de Curso. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2013.

QUEK ANDERSON, Dorcas. “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program” *Cardozo Journal of Conflict Resolution,* vol. 11.2 (Spring 2010), Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2843509, p. 479-509.

RABINOVICH-EINY, Orna; e KATSH, Ethan. “The New New Courts”. *American University Law Review,* vol. 67, 2017, ps. 165-215.

RACHLIN. Howard. *Judgment, decision, and choice:* a cognitive/behavioral synthesis. New York: W. H. Freeman and Company, 1988.

RACHLINSKI, Jeffrey J. (edit.). *Behavioral Law and Economics*. Vol. I, Cheltenham, UK; Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2009.

REIS, Adacir. "Mediação e impactos positivos para o Judiciário". *In:* ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, ps. 219-236.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e BOTTINI, Pierpaolo. "Primeiro passo". *In:* _____. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. ps. 1-12.

RESNIK, Judith. “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”. *University of Chicago Law Review*, vol. 53, no. 2, Spring 1986, ps. 494-560.

_____. “Managerial Judges”. *Harvard Law Review,* vol. 96, no. 2, December 1982, ps. 374-448.

_____. “Managerial Judges and Court Delay: The Unproven Assumption”. *Judges’ Journal*, vol. 23, no. 1, 1984, ps. 8-55.

_____. "Many doors? Closing doors? Alternative resolution and adjudication". *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 10, n. 2, 1995, ps. 211-265.

_____. “Migrating, Morphing and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts”. *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, no. 3, 2004, ps. 783-842.

_____. “The Declining Faith in the Adversary System”. *Litigation*, vol. 13, no. 1, Fall 1986, ps. 3-6.

RICHARDSON, John. “How Negotiators Choose Standards of Fairness: A Look at the Empirical Evidence and Some Steps toward a Process Model”. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 12, no. 2, Spring 2007, ps. 415-444.

RISKIN, Leonard. "Mediation and Lawyers". *Ohio State Law Journal*, vol. 43, n. 1, 1982, ps. 29-60.

_____. "Mediation in the Law Schools". *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 259-267.

_____. "Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review,* v.1:7, 1996.

_____. "Disseminating the Missouri Plan to Integrate Dispute Resolution into Standard Law School Courses: A Report on a Collaboration with Six Law Schools*". Florida Law Review,* vol. 50, 1998, ps. 589-608.

_____. "Response to Professor Pipkin". *In: The Symposium: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges, Part I. Florida Law Review,* vol. 50, n. 4, September 1998, ps. 757-760.

_____. "Tomada de decisão em mediação: o novo 'gráfico antigo' e o sistema do 'novo gráfico novo'." *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.* vol. 4, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iii-doutrina-artigo-dos-professores/tomada-de-decisao-em-mediacao-o-novo-grafico-antigo-e-o-sistema-do-novo-grafico-novo, acesso em 13/12/2015.

_____; e WESTBROOK, James E. "Integrating Dispute Resolution into Standard First-Year Courses: the Missouri Plan". *Journal of Legal Education*, vol. 39, n. 4, 1989, ps. 509-522.

ROBBENNOLT, Jennifer. “Litigation and Settlement”. *In:* ZAMIR, Eyal; e TEICHMAN, Doron (edit.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, ps. 623-642.

ROCHA, Caio Cesar Vieira, e SALOMÃO, Luis Felipe (coords.). *Arbitragem e Mediação:* A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. "Prática jurídica e estágio nos cursos de direito". *In:* SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; e COUTO, Mônica Bonetti (orgs.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, ps. 215-227.

SACKS, Albert M. "Legal Education and the Changing Role of Lawyers in Dispute Resolution". *Journal of Legal Education,* vol. 34, n. 2, 1984, ps. 237-244.

SADEK, Maria Tereza, e ARANTES, Ricardo Bastos. "A Crise do Judiciário e a visão dos juízes". *Revista da USP*, n. 21, mar.-mai. 1994, ps. 34-45.

_____. "Efetividade de Direitos e Acesso à Justiça". *In:* RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. ps. 271-289.

_____. "Judiciário: mudanças e reformas". *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, maio-agosto, 2004, ps. 79-101.

_____; LIMA, Fernão Dias; e ARAÚJO, José Renato de Campos. "O Judiciário e a prestação de justiça". *In:* SADEK, Maria Tereza (org.). *Acesso à Justiça.* São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, ps. 13-41.

_____. "O Sistema de Justiça*". In:* SADEK, Maria Tereza (org.). *O Sistema de Justiça*. Série Justiça - IDESP, São Paulo: Sumaré, 1999, ps. 07-18.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. "Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada". In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, pp. 779-792.

_____. “Nos Braços do Leviatã: os Caminhos da Consensualidade e o Judiciário Brasileiro”. *In:* BARBUGIANI, Luís Henrique Sormani (org.). *Mediação e arbitragem no âmbito público e privado: perspectivas e limitações.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 87-109.

_____. "Prefácio". *In:* GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, ps. XIII-XVI.

SALLES, Carlos Alberto de ; Gabbay, Daniela M. ; Silva, Erica B. ; TARTUCE, Fernanda ; GUERRERO, Luis Fernando; Lorencini, Marco Antônio G. L. "A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (NEMESC)". Revista Direito GV, v. 6, n. 1, jan.-jun. 2010, pp. 67-94.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem -*

curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, e BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos.* Coleção primeiros passos 325. São Paulo: Brasiliense, 2014.

SAMSON, Alain. *The Behavioral Economics Guide 2019.* With an Introduction by Uri Gneezy. Disponível em https://www.behavioraleconomics.com/be-guide/the-behavioral-economics-guide-2019/, acesso 30/01/2020.

_____. *The Behavioral Economics Guide 2020.* With and Introduction by Colin Camerer. Disponível em https://www.behavioraleconomics.com/be-guide/the-behavioral-economics-guide-2020/, acesso em 30/06/2020.

SANDER, Frank E. A.; e GOLDBERG, Stephen B. “Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure”. *Negotiatin Journal,* vol. 10, no. 1, January 1994, ps. 49-68.

SANDER, Frank E. A.; e ROZDEICZER, Lukasz. "Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach". *Harvard Negotiation Law Review,* vol. 11, 2006, pp. 1-42.

SANDER, Frank E. A. "Alternative Dispute Resolution in the Law School Curriculum: oportunities and obstacles". *Journal of Legal Education*, vol. 34, n. 2, 1984, ps. 229-236.

_____. "The future of ARD". *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, n. 1, 2000, ps. 3-10.

_____. “The Multi-Door Courthouse”. *Barrister*, vol. 3, n. 3, 1976.

_____. "Varieties of dispute processing". *In:* LEVIN, A. Leo, e WHEELER, Russell R. *The Pound Conference:* Perspectives on Justice in the future. St. Paul/Minnesota: West Publishing Co., 1979, pp. 65-87. Disponível em: http://geoffsharp.atomicrobot.co.nz/wp-content/uploads/2010/03/PoundConfSander.pdf, acesso em 29/10/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Ed. Cortez, 2007.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de. *Estatísticas da Conciliação.* Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/Estatistica, acesso em 25/05/2020.

_____. "Empresa Amiga da Justiça". Portaria nº 9.447/2017 - http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit=157009&flBtVoltar=N, acesso em 01/07/2020.

_____. "Município Amigo da Justiça". Portaria nº 9.877/2020 - http://esaj.tjsp.jus.br/gecon/legislacao/find/186417, acesso em 01/07/2020.

SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict*. Cambridge, Massachusetts: the Presidente and Fellows of Harvard College, 1980.

SCHMITZ, Suzanne J. "What should we teach in ADR courses?: Concepts and skills for lawyers representing clients in mediation". *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 6, 2001, ps. 189-210.

SCHNEIDER, Elizabeth N. "Rethinking the Teaching of Civil Procedure". *Journal of Legal Education,* vol. 37, n. 1, 1987, ps. 41-45.

SCHNEPS, Leila; e COLMEZ, Coralie. *Math on Trial:* how numbers get used and abused in the courtroom, New York: Basic Books, 2013.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge/Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, Cátia Aida. *Justiça em jogo:* novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Edusp, 2001.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial.* Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. "Mediação e conciliação, produtividade e qualidade". *Revista do Advogado*, v. 34, 2014, ps. 40-47.

_____. “Solução de Controvérsias: Métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados”. *In:* SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem* - curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, ps. 1-25.

SILVEIRA, João José Custódio da; e AMORIM, José Roberto Neves (coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Luciane Moessa de. "Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional". *In:* CASELLA, Paulo Borba, e _____. (coords.). *Mediação de Conflitos*: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ps. 49-83.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em Juízo:* abordagem prática para a obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion; e SPENGLER NETO, Theobaldo (orgs.). *Mediação enquanto política pública:* a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010. Disponível em: http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei.html, acesso em 30/10/2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

_____. *Mediação de Conflitos* - da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SPIEGELMAN, Paul J. "Civil Procedure and Alternative Dispute Resolution: the lawyer's role and the opportunity for change". *Journal of Legal Education*, vol. 37, n. 1, 1987, ps. 26-33.

STEFFEK, Felix; e UNBERATH, Hannes (coord.). “Guide for Regulating Dispute Resolution (GRDR): Principles and Comments”. *Max Planck Private Law Research Paper,* n. 13/27, ps. 13-32.

STULBERG, Joseph B., e MONTGOMERY, B. Ruth. "Requisitos de planejamento de programas de formação de mediadores". Trad. brasileira de Maíra DIAS, *In:* AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação,* v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/requisitos-de-planejamento-para-programas-de-formacao-de-mediadores, acesso em 13/12/2015.

SUNSTEIN, Cass R. *Choosing not to choose:* understanding the value of choice. New York: Oxford University Press, 2015.

_____. *How change happens.* Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2019.

_____; e ULLMANN-MARGALIT, Edna. “Second-Order Decisions”. *In:* SUNSTEIN, Cass R (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, ps. 187-208.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. “Access to Justice and *Consumidor.gov* case”. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; e RAVAGNANI, Giovani dos Santos (coord.). *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, ps. 237-258.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2019.

_____. *Tomorrow’s Lawyers:* an introduction to your future. 2. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2017.

TAKAHASHI, Bruno. "Dilemas éticos de um conciliador". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 62-69.

_____. *Jurisdição e litigiosidade:* partes e instituições em conflito. Tese (doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2019.

_____. *O papel do terceiro facilitador na conciliação de conflitos previdenciários.* Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. "Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil." *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 24-34.

_____. “Conciliação em Juízo: o que (não) é conciliar?”. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem* - curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, ps. 149-178.

_____; e FALECK, Diego. “Introdução histórica e modelos de mediação”. *In:* Armando Sérgio Prado de TOLEDO, Jorge TOSTA, e José Carlos FERREIRA ALVES (coords.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, ps. 171-189.

TEITELBAUM, Joshua C.; e ZEILER, Kathryn. *Research Handbook on Behavioral Law and Economics.* Cheltenham, UK; Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2019.

THALER, Richard H. *Misbehaving*: A construção da economia comportamental. Trad. bras. George Schlesinger, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

_____; e SUNSTEIN, Cass R. *Nudge:* como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. bras. Ângelo Lessa, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.* Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm, acesso em 30/10/2015.

THOMPSON, William C. "Are juries competent to evaluate statistical evidence?", *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, no. 4, Autumn 1989, ps. 9-41.

TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; e ALVES, José Carlos Ferreira (coord.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TRUBEK, David M. "The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure". *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, n. 4, 1988, pp. 111-134.

TYLER, Tom R. *Why People Obey the Law.* Princeton, New Jersey: Princeton Universy Press, 2006.

URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; e GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved:* designing systems to cut the cost of conflict. 1ª ed. São Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1988.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, escrito por advogados*. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/enam/biblioteca, acesso em 10.11.2015.

_____. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VAUGHN, Lea B. "Integrating alternative dispute resolution (ADR) into the curriculum at the University of Washington School of Law: a report and reflections". *Florida Law Review*, vol. 50, n. 4, September 1998, ps. 679-708.

VEZZULLA, Juan Carlos. "Mediação responsável e emancipadora. Reflexões sobre a atuação dos advogados". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 56-61.

VITORELLI, Edilson; e ALMEIDA, João Henrique de. *Imparcialidade Judicial e Psicologia Comportamental:* há fundamento científico para um juiz de garantias? No prelo. Disponível em https://edilsonvitorelli.academia.edu/research.

WATANABE, Kazuo. "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna". *In:* DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini; e WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo.* São Paulo: RT, 1988, ps. 128-135.

_____. *Acesso à Ordem Jurídica Justa:* conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019

_____. "Mediação como política pública social e judiciária". *Revista do Advogado* - mediação e conciliação, ano XXXIV, n. 123, agosto de 2014, ps. 35-39.

WELSH, Nancy A. “Making Deals in Court-Connected Mediation: what’s Justice got to do with it?”. *Washington University Law Quarterly*, vol. 79, no. 3, January 2001, ps. 787-865.

WILKINSON, Nick; e KLAES, Matthias. *An Introduction to Behavioral Economics.* 3. ed., London, UK: Palgrave Macmillan, 2018.

WILLIAMS, Gerald R. "Using Simulation Exercises for Negotiation and Other Dispute Resolution Courses". *Journal of Legal Education,* vol. 34, n. 2, 1984, ps. 307-315.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil:* como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz; e ZUFELATO, Camilo (orgs.). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil* - passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

ZABALA, Filipe Jaeger; e SILVEIRA, Fabiano Feijó. " Jurimetria: Estatística Aplicada ao Direito", *Revista Direito e Liberdade,* v. 16, n. 1, jan./abr. 2014, ps. 87-103.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *O Ensino Jurídico e o Tratamento Adequado dos Conflitos:* impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de Direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Versão corrigida. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016.

ZAMIR, Eyal; LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna; e RITOV, Ilana. "It's Now or Never! Using deadlines as nudges". *Law & Social Inquiry,* vol. 42, issue 3, Summer 2017, ps. 769-803.

ZAMIR, Eyal; e TEICHMAN, Doron. *Behavioral Law and Economics*. New York: Oxford University Press, 2018.

_____; e _____ (edit.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.

ZANETI JR., Hermes, e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords). *Tribunal Multiportas* – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.