

Economic Analysis of Law Review

As Contribuições da Economia Comportamental para o Aperfeiçoamento da Mediação e da Conciliação

Contributions of Behavioral Economics to Mediation and Conciliation

João Paulo Forni ¹

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Pedro Felipe de Oliveira Santos ²

University of Oxford

Marlon Tomazette ³

Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

RESUMO

O presente artigo sustenta, com base em revisão bibliográfica e análise de pesquisas empíricas, que o conhecimento de certos vieses comportamentais de julgamento (ocasionados por heurísticas), quais sejam o efeito de priming, o efeito halo, a ancoragem, a negligência com a taxa-base e os efeitos de enquadramento, pode contribuir, por meio da redução da assimetria informacional, para o aprimoramento da mediação e da conciliação.

Palavras-chave: Economia comportamental. Vieses. Mediação. Conciliação.

ABSTRACT

The present article asserts that the knowledge of certain behavioral biases of judgment (caused by heuristics), such as priming effect, halo effect, anchoring, base rate neglect and the framing effects, can improve mediation and conciliation because of reducing information asymmetry, to the improvement of mediation and conciliation.

Keywords: Behavioral economics. Biases. Mediation. Conciliation.

R: 26/06/19 **A:** 04/04/20 **P:** 30/04/20

¹ E-mail: joao.forni@gmail.com

² E-mail: pedro.felipe.santos@gmail.com

³ E-mail: marlon@direitocomercial.com

1. Introdução

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se assoberbado, conforme se depreende dos dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: são 79,9 milhões de processos em tramitação (aguardando alguma solução definitiva); o estoque de processos aumenta desde o ano de 2009 (quando a série histórica foi iniciada), com crescimento acumulado, até o final de 2016, de 31,2%, o que equivale a 18,9 milhões de processos; e, apesar de, em 2016, o Judiciário ter baixado 100,3% do número de processos que ingressaram (ao todo, 29,4 milhões de processos; foram baixados pouco mais de 29,4 milhões), o estoque de processos subiu 3,6%.⁴

Esses números revelam um modelo processual fadado à morosidade, o que, em grande parte, deve-se à cultura brasileira de litigiosidade, atestada pelo fato de que, para cada 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016.⁵ Além disso, quando comparado a países como França, Itália, Inglaterra, Alemanha e Portugal, o Brasil apresenta um percentual do Produto Interno Bruto, destinado a despesas com o Sistema de Justiça, quase seis vezes maior que os citados países.⁶

A partir dessa contextualização, percebe-se a necessidade de buscar alternativas ao modelo que vigeu por tanto tempo no Brasil e, nessa linha, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) inova de forma pertinente ao enfatizar a Resolução Apropriada de Disputas – RAD (terminologia utilizada pelo CNJ para designar o que antes se denominava Resolução Alternativa de Disputas), que abarca, essencialmente, a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem⁷ (a distinção conceitual entre esses termos será feita no tópico seguinte). Logo, em que pese a inafastabilidade da jurisdição (Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito – Art. 3º do NCPC, também insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (Art. 3º, § 3º, do NCPC⁸).

Essa tendência não objetiva desacreditar a Justiça estatal, mas combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, assentada na crença da jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando o número de processos aforados a níveis que superam a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário. Em diversos países, cresce o uso de mecanismos extrajudiciais que, além de aliviar a pressão sobre a Justiça Pública, se apresentam em condições de produzir resultados substancialmente mais satisfatórios do que os impostos pelos provimentos autoritários dos tribunais.⁹

As vias alternativas de solução de conflitos, endossadas pelo novo Código de Processo Civil¹⁰, estão diretamente ligadas a uma maior autonomia por parte dos indivíduos em litígio e, consequentemente, maior responsabilidade no âmbito processual a partir de suas escolhas. Partindo do pressuposto de que o objeto de estudo da ciência econômica é a tomada de decisão

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 65.

⁵ Ibidem. p. 71.

⁶ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15, 2015. p. 8.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. p. 17.

⁸ BRASIL. Lei Federal nº. 13.105/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: volume 1. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 73.

¹⁰ A negociação não é mencionada expressamente no NCPC.

individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, relativa ou não ao mercado¹¹, entende-se que a Análise Econômica do Direito (AED) pode ajudar a balizar essas escolhas.

A AED representa um escopo amplo de ferramentas e vertentes. No presente artigo, o enfoque será na economia comportamental e como o conhecimento de certos vieses de julgamento (ocasionados por heurísticas¹²), quais sejam, o efeito de *priming*, o efeito halo, a ancoragem, a negligência com a taxa-base e os efeitos de enquadramento, pode diminuir a assimetria informacional no âmbito da mediação e da conciliação. Por conseguinte, tanto profissionais do Direito envolvidos no processo, como os próprios indivíduos em litígio, seriam levados a tomar decisões mais conscientes, embasadas em informações mais completas.

Optou-se por explorar apenas a mediação e a conciliação pela similaridade entre as duas práticas, por estarem expressamente previstas no NCPC e por serem processos não vinculantes.¹³ Apesar disso, entende-se que o conhecimento das heurísticas e vieses, que será aqui exposto, pode ajudar na prática jurisdicional, na arbitragem e mesmo nas mais diversas decisões individuais tomadas no dia a dia. A investigação será feita com base em revisão bibliográfica e análise de pesquisas empíricas.

2. Resolução Apropriada de Disputas

Em um espectro que expresse a intervenção estatal na resolução de conflitos, estando, à esquerda, as formas que proporcionam a maior autonomia ao indivíduo, e, à direita, a maior intervenção estatal, a negociação estaria à extrema esquerda, uma vez que pode ser conceituada como a comunicação voltada à persuasão que, num cenário litigioso, representa o total controle sobre o processo e seus resultados pelas partes.¹⁴ Além de deixar em aberto o local e o momento das tratativas, essa prática caracteriza-se pela maior flexibilidade procedimental e pela prescindibilidade de um intermediário, podendo ser simples e direta.¹⁵ Essa última característica, para parte da doutrina, é essencial para que se caracterize a negociação.¹⁶

Na extrema direita do espectro, ter-se-ia a decisão judicial ou jurisdição, que pode ser conceituada como a “atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”.¹⁷ É uma modalidade em que o controle e o resultado do processo cabem ao Estado, além de ser vinculante. Seria o instrumento adequado quando, por exemplo, um litígio

¹¹ GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN Vinicius (coord.). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 19.

¹² Heurística seria um procedimento (ou regra) simples para encontrar respostas supostamente adequadas, ainda que imperfeitas, para questões difíceis. KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

¹³ “Os interessados têm ainda a possibilidade de encerrar a mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos, pois este é um processo não vinculante. Diz-se que um processo é vinculante quando os interessados possuem o ônus de participar dos atos procedimentais – em que a desistência de participação no processo gera uma perda processual e uma potencial perda material. Exemplificativamente, se, em uma arbitragem ou em um processo judicial, a parte ré opta por não mais participar do procedimento, presumir-se-ão verdadeiros alguns dos fatos alegados pela outra parte e, como consequência, há uma maior probabilidade de condenação daquela que não participou do processo. Já nos processos não vinculantes, não há maiores prejuízos decorrentes da desistência de participação no processo”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Op. cit. p. 21.

¹⁴ Ibidem. p. 18-20.

¹⁵ Idem. p. 18-20.

¹⁶ CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 107.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 59.

necessita de maior recorribilidade e publicidade, para que gere um precedente socialmente desejável¹⁸

Mais ao centro, ainda do lado direito, apareceria a arbitragem. Essa modalidade de solução de conflitos caracteriza-se pela possibilidade de escolha, pelas partes, de um terceiro de sua confiança, que será responsável pela solução do conflito de interesses e pelo fato de sua decisão ser impositiva, ou seja, resolutiva do conflito independentemente da vontade das partes.¹⁹ Regulada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem é processo vinculante²⁰, erigida à categoria de título judicial, para todos os efeitos, no sistema jurídico vigente. Limita-se a competência do juízo arbitral, no entanto, à decisão, não se estendendo à execução, que segue privativa do Judiciário.²¹

Também ao centro do espectro, mas já do lado esquerdo, encontram-se a mediação e a conciliação, foco do presente trabalho. A ênfase dada pelo NCPC a essas práticas fica clara em seu já transcrito art. 3º, § 3º. Ademais, há audiência específica para tal desiderato, que não irá ocorrer apenas em duas situações (i) se houver manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes (sinalizada pelo autor na petição inicial e pelo réu em petição apresentada ao juízo com dez dias de antecedência, contados da data designada para a audiência); e, (ii) quando o objeto do litígio não admitir a autocomposição. Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização dessa audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.²²

A referida audiência não deverá ser realizada na vara ou serventia judicial, mas em um centro judiciário de solução consensual de conflito, que pode ser mantido pelo Poder Judiciário ou pertencer à instituição privada credenciada. O objetivo é que a audiência seja realizada em um local adequado, informal, que permita que as partes se sintam confortáveis para negociar francamente sobre o caso.²³ Desse modo, quando os tribunais implantarem todo o sistema operacional previsto pelo NCPC para a mediação e a conciliação, a audiência deverá ser realizada no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, constante do art. 165, sem a presença do juiz.²⁴

As diferenças conceituais entre conciliação e mediação geralmente gravitavam em torno de diversos pontos. A mediação visaria à resolução do conflito e à restauração da relação social subjacente ao caso; partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento; seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões; seria voltada às pessoas e teria cunho preponderantemente subjetivo; seria confidencial; seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções; seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções; e seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas, como psicologia, administração, direito, matemática e comunicação.²⁵

Por sua vez, a conciliação buscaria apenas o acordo e o fim do litígio; permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; seria um processo mais breve com apenas uma sessão; seria voltada aos fatos e direitos, com enfoque essencialmente objetivo, retrospectivo e voltado à culpa; seria eminentemente pública; seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Op. cit. p. 18-20.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 77.

²⁰ Vide nota n. 10.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 72.

²² Ibidem. p. 778.

²³ LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! Revista de Processo, v. 244, p. 431-432, jun./2015.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 777-778.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Op. cit. p. 20-23.

(fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; e seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito.²⁶

Em suma, a mediação poderia ser considerada uma abordagem mais moderna, centrada nas causas do conflito, em oposição a um maior tradicionalismo da conciliação, centrada no conflito em si. O próprio NCPC sugere uma distinção entre as práticas em seu art. 165, §§ 2º e 3º, afirmando que o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio”. Já o mediador “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes” e, privilegiando a mencionada visão mais moderna, auxiliará os 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”.²⁷

No presente artigo, entende-se, na linha do Manual de Mediação do CNJ, que as definições do NCPC são uma orientação de encaminhamento e não uma efetiva diferenciação conceitual, uma vez que mediação e conciliação passaram, progressivamente, a ter suas distinções reduzidas. Opta-se, portanto, por um conceito que abarque os dois termos: conciliação e mediação seriam processos autocompositivos nos quais as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo ou a uma composição.²⁸

Por fim, para efeito da abordagem direcionada à economia comportamental, as heurísticas e vieses se aplicam de forma igual aos dois institutos, que serão mencionados de forma indistinta.

3. Economia Comportamental: o Conhecimento das Heurísticas e Vieses Como Meio Para Decisões Mais Conscientes

A economia comportamental vem ganhando cada vez mais relevo como campo de estudo, o que pode ser atestado pelos Prêmios Nobel de Economia atribuídos a Daniel Kahneman em 2002²⁹ e a Richard Thaler, em 2017, ambos expoentes desse ramo da ciência econômica.³⁰

A economia comportamental parte de uma crítica à abordagem tradicional da economia, centra na concepção do “homo economicus”, que seria um tomador de decisões racional, ponderado, focado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada para processar informações. A essa visão, contrapõe-se a ideia de que a realidade é formada por pessoas fortemente influenciadas por fatores emocionais, pelas decisões de outras pessoas e que decidem baseando-se em hábitos, experiências e regras práticas simplificadas; aceitam soluções que sejam apenas satisfatórias; tomam decisões rapidamente, sem calcular diversas possibilidades; e têm dificuldades de conciliar interesses de curto e longo prazo.³¹

²⁶ Ibidem. p. 20-23.

²⁷ BRASIL. Lei Federal nº. 13.105/2015. Op. cit.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Op. cit. p. 20-23.

²⁹ MLA style: "The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002". Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em 04 jan. 2017.

³⁰ MLA style: "The Prize in Economic Sciences 2017". Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em 04 jan. 2017.

³¹ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. in ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio (coord.). Guia de Economia Comportamental e Experimental: economiacomportamental.org, 2015. p. 14-15.

Buscando melhor conhecer esse cenário, a economia comportamental se debruça sobre a influência dos citados fatores sobre as escolhas humanas, sendo um campo de estudo vasto e em pleno crescimento.

Neste artigo, o foco será nas heurísticas e vieses cognitivos, abordados no contexto da mediação.

As heurísticas são abordagens por aproximação³², métodos ou “regras de bolso” simplificadoras utilizadas para fazer um julgamento ou resolver um problema.³³ Esses atalhos mentais podem levar aos denominados vieses cognitivos, que são tendências ou inclinações de pensamento decorrentes de pré-concepções, de ideias prévias. São falhas cognitivas geradas por um pensar tendencioso, que desrespeita uma expectativa de imparcialidade³⁴, em alguns casos, levando-nos a ignorar considerações de estatística e lógica³⁵.

A confiança nas heurísticas, portanto, leva a erros sistemáticos, que se repetem de forma previsível em circunstâncias particulares, chamados vieses. Entende-se que o reconhecimento de situações em que os enganos são prováveis, ou nas quais a informação está apresentada de forma distorcida, pode ajudar na tomada de melhores decisões.³⁶

A primeira análise a ser realizada diz respeito a possíveis fatores que influenciam a escolha pela mediação, em detrimento de um julgamento por um terceiro “imparcial” (juiz). Após, passa-se à exploração de alguns dos vieses e de suas possíveis aplicações na mediação. Importante salientar que as ideias propostas aqui são oriundas de inferências baseadas na literatura especializada, representando apenas sugestões para possíveis trabalhos futuros, não tendo sido testadas empiricamente.

3.1. A opção pela mediação

Para que seja possível um acordo via mediação, é necessário que os litigantes não queiram levar sua disputa ao magistrado, para um processo regular. A par desta constatação, o mediador deve levar ao conhecimento da parte a incerteza atinente ao julgamento por um terceiro, exterior ao litígio. A economia comportamental pode ajudar a esclarecer tal ponto.

Na ceara jurídica, os juízes, protagonistas do processo judicial tradicional, como quaisquer outras pessoas, não estão livres de fatores que interferem nas decisões. Embora seja possível inferir uma atenuação dos efeitos das interferências, porque sujeitos a um maior controle por regras práticas, de experiência e processuais, os magistrados desenvolvem processos mental avaliativos comuns aos seres humanos, e, sobretudo, compartilham os mesmos *modus vivendi*. Seus hábitos, crenças, prejuízos e práticas comuns, além de sua interação social, são similares aos de todas as pessoas, sendo sua arquitetura comportamental essencialmente a mesma.³⁷

³² MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. Introdução à Psicologia. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 227.

³³ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 10-14.

³⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan.-abr. 2019. p. 519.

³⁵ GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. Psicologia. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 444.

³⁶ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 10-14.

³⁷ MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. 2018. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. Revista Direito GV, São Paulo, v.14, n. 2, mai./ago. p. 618-653. ISSN 2317-6172. p. 619.

O juiz, portanto, ao julgar, está sujeito a diversos fatores que não se relacionam com a objetividade do direito material envolvido no litígio. Mesmo antes das descobertas da economia comportamental, a aleatoriedade das decisões dos magistrados já se fazia presente em corrente de pensamento denominada realismo jurídico norte-americano. Para seus adeptos, os juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica³⁸, não existindo um direito objetivo ou objetivamente dedutível dos costumes, da lei ou do precedente jurídico³⁹.

Corroborando premissas dessa corrente, sintetizadas de maneira caricata na frase “direito é o que o juiz comeu no café da manhã” – comumente atribuída a Jerome Frank, mas de origem incerta – constatou-se que um viés inusitado interfere no resultado de decisões judiciais: a fome.

Com o objetivo de testar empiricamente a citada frase, pesquisadores⁴⁰ realizaram um estudo com juízes israelenses, utilizando uma amostra de 1.112 decisões judiciais, a maior parte delas – 78,2% – composta por pedidos de liberdade condicional. Os requerentes haviam cometido crimes como assalto, roubo, estupro e assassinato.

O estudo concluiu que a probabilidade de uma decisão favorável ao requerente é maior logo no início do dia de trabalho e após uma pausa para lanche. O que surpreende nos resultados da pesquisa, entretanto, é a significativa diferença de probabilidade. No início da jornada de trabalho, a probabilidade de uma concessão de liberdade condicional – ou outra decisão favorável – é de aproximadamente 65%, caindo constantemente até quase zero no decorrer do dia, com o acúmulo de cansaço e fome. Logo após uma pausa para lanche, no entanto, essa probabilidade volta para aproximadamente 65% de sucesso dos pedidos.

Em um estudo posterior, essa correlação da fome com o sucesso de decisões judiciais foi atenuada⁴¹. Além disso, é quase impossível isolar os efeitos da fome. Apesar dessas limitações, é interessante observar a plausibilidade da conhecida frase que leva ao extremo o ceticismo dos realistas, em uma clara demonstração da interferência de fatores externos ao caso e à lei no resultado de julgamentos.

Ainda em relação aos fatores que influenciam as decisões judiciais, estudo envolvendo a fixação de danos morais nos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca entre os anos de 2004 e 2015 constatou que processos nos quais se pedia valores “quebrados” apresentaram correlação significativamente maior (0,34) entre o valor pedido e o valor deferido do que processos similares nos quais se pedia valores “redondos” (0,24). Os pesquisadores inferem, como hipótese, que tal correlação se deve uma percepção por parte dos magistrados de que valores “quebrados” sugerem maior esforço de cálculo pelo autor do pedido, fazendo com que a intuição do julgador o envie na direção da petição.⁴²

Tais estudos sugerem que há fundamento na compreensão de aleatoriedade na decisão dos juízes, o que pode servir de argumento ao mediador no sentido de alertar às partes acerca dessa

³⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013. p. 5.

³⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016. p. 65.

⁴⁰ LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, Vol 18:133, 2011. p. 134.

⁴¹ Vide GLÖCKNER, Andreas. The irrational judge effect revisited: simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. *Judgment and Decision Making*, Vol 11, No 6, November 2016. p. 601-610.

⁴² LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do rio de janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016. p. 276.

EALR, V.11, nº 1, p.113-130, Jan-Abr, 2020

incerteza, tomando o cuidado de não desmerecer ou macular a imagem do Sistema de Justiça. O mediador pode sustentar que um acordo, naquele momento, previne as partes de um processo no qual não há plena objetividade, e que acarreta a total transferência do poder decisório a um terceiro.

Ademais, esse profissional, conhecendo os vieses a seguir expostos, pode contribuir para atenuá-los na mediação em si, e tornar seu resultado mais previsível e mais satisfatório para as partes.

3.2. Efeito de *Priming*

O primeiro viés a ser aqui tratado é o efeito de *priming*. Esse efeito faz parte de um mecanismo associativo, presente em nosso raciocínio, que, a partir de palavras ou outro gatilho, evoca lembranças, que evocam, por sua vez, emoções e outras reações que interferem em certas decisões. Tal efeito pode ser demonstrado pelo modo como a exposição a uma palavra, como “EAT (comer)”, nos deixa temporariamente mais propensos a ideias relacionada a ela, como preencher a lacuna existente em SO_P com a letra “U”, formando “SOUP (sopa)”, em vez de preenchê-la com a letra “A” formando “SOAP (sabão)”, o que teria maior probabilidade de acontecer caso a exposição fosse à palavra “WASH (lavar)”.⁴³

Esse efeito aparentemente inofensivo não se aplica apenas a conceitos e palavras. Um estudo publicado em 2008, que analisou a votação da Proposition 301, ocorrida no Arizona, na qual se propunha um aumento de tributos para financiar um aumento da verba destinada à educação, mostrou padrões de voto mais favoráveis à proposta quando a votação ocorria em escolas. Além disso, os pesquisadores realizaram um experimento no qual expuseram os participantes a diferentes imagens, incluindo fotos de escolas e armários escolares. Os participantes deveriam votar a favor ou contra um aumento de impostos para financiar escolas públicas. Esse experimento mostrou que a exposição a imagens relacionadas a escolas tinha um efeito maior sobre a preferência desses participantes do que o fato de eles serem pais ou não.⁴⁴

Esse estudo sugere que, no caso da mediação/conciliação, a utilização de palavras que remetam a consenso, acordo ou benefícios mútuos pode acionar mecanismos de *priming* e facilitar a solução do conflito. Além disso, o local de realização das reuniões pode influenciar a propensão a um acordo, devendo remeter a igualdade entre os partícipes, com, por exemplo, cadeiras iguais e equidistantes para os que estão em litígio, decoração do lugar com fotos que lembrem conciliação e diálogo.

Neste ponto, é relevante salientar que a ideia por trás da utilização, na mediação, de todos os vieses e heurísticas aqui expostos – especialmente no caso do *priming* – não é manipular as partes ou forçá-las a um acordo. Intenta-se apenas atenuar eventuais preconceitos ou rancores, além de primar pela informação. A proposta se coaduna com o paternalismo libertário, proposto por Thaler e Sunstein.

Segundo os autores, a abordagem é libertária porque não reduz ou força as pessoas em determinada direção, mas é paternalista, pois os arquitetos de escolhas não estão simplesmente tentando identificar as escolhas das pessoas. A ideia é guiar as pessoas em direções que irão supostamente melhorar suas vidas, com uma cutucada (*Nudge* em inglês, que é o título da obra).⁴⁵

⁴³ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 69-72.

⁴⁴ BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. PNAS 105, 2008. p. 8846-8849.

⁴⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. São. Paulo: Campus, 2009. p. 6.

Um exemplo simples de “cutucada” dado pelos autores apresenta a possibilidade de uma escola rearranjar a disposição dos alimentos ofertados às crianças, uma vez que apenas sua posição pode direcionar as crianças a um consumo mais saudável de alimentos. Sugerem Thaler e Sunstein que é devida a “cutucada”, uma vez que não se está suprimindo a liberdade de escolha, mas apenas moldando-a em prol dos próprios alunos.⁴⁶

É essa a posição que perpassa este artigo, e em especial o uso do efeito de *priming* na mediação.

3.3. Efeito Halo e Ancoragem

O efeito halo pode ser definido como a influência de uma avaliação global em avaliações relativas a aspectos específicos de uma pessoa⁴⁷, ou a tendência a gostar (ou desgostar) de tudo o que diz respeito a alguém, incluindo o que não se observou. Esse conceito ficará mais claro a partir de um exemplo: ao se deparar com a frase “Hitler gosta de cachorrinhos e de gatinhos”, provavelmente o leitor ou ouvinte ficará chocado. Isso acontece porque o efeito halo induz ao raciocínio de que Hitler foi responsável pela morte de milhões de pessoas, o que significa que é cruel e, portanto (e aqui está o “salto” representado pelo efeito halo), não pode ter nenhum traço de bondade, como gostar dos filhotes⁴⁸.

O efeito halo também está ligado à sequência com que observamos as características de alguém. As primeiras impressões acabam por determinar as seguintes e possuem maior peso. No caso de opiniões, as primeiras opiniões ou argumentos tendem a influenciar os demais.⁴⁹ Isso pode ser demonstrado com três exemplos.

No primeiro, em um estudo, pediu-se que pessoas avaliassem a personalidade de Alan e de Ben, a partir das seguintes características:

Alan: inteligente – esforçado – impulsivo – crítico – obstinado – invejoso

Ben: invejoso – obstinado – crítico – impulsivo – esforçado – inteligente

O resultado foi que os participantes do estudo avaliaram Alan de forma mais favorável que Ben, o que demonstra o peso das características iniciais. Para testar o raciocínio provável dos participantes, pode-se dizer que a obstinação ou a impulsividade de uma pessoa inteligente é compreensível, enquanto uma pessoa invejosa e inteligente pode ser perigosa.⁵⁰

No caso do segundo, inicialmente é preciso explicar o que significa “erro decorrelato”. A partir da observação de um pote cheio de bolas de gude, solicita-se que indivíduos opinem sobre a quantidade de bolas no pote. Como consequência de avaliações exageradas e subavaliações, a tendência é que a média dessas avaliações seja precisa, quanto maior for o número de indivíduos. Porém, o erro decorrelato só ocorre se não houver influência de algumas opiniões sobre as outras

⁴⁶ Ibidem. 1-5.

⁴⁷ NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. Journal of Personality and Social Psychology, Vol 35, No. 4. 1977. p. 250.

⁴⁸ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 107 e 250.

⁴⁹ Ibidem. p. 108.

⁵⁰ Estudo reproduzido em KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 107-108, e publicado em ASCH, Solomon. Forming Impressions of Personality. Journal of Abnormal and Social Psychology, Vol 41. 1946. p. 258-90.

(as opiniões – ou “erros” – não podem estar correlacionadas, por isso “decorrelato”). Caso as opiniões sejam coletadas em conjunto, o efeito halo enviesa o resultado e o efeito desaparece.⁵¹

Por fim, no terceiro exemplo, um estudo mostrou que inferências sobre a competência de candidatos a eleições baseadas exclusivamente na aparência de seus rostos possibilitam uma previsibilidade de quase 70%, em alguns casos, dos resultados reais das disputas. As verificações mostraram, ainda, que as previsões baseadas nos rostos foram linearmente relacionadas à margem de vitória dos candidatos. Tudo isso com uma exposição de menos de um segundo às fotos. Ou seja, a fisionomia do candidato tende a ser algo determinante na vitória em uma eleição. Os resultados desse estudo sugerem que inferências rápidas e sem a devida reflexão podem contribuir de forma acentuada para a decisão sobre votos, que são considerados uma escolha racional, até como corolário da ideia de democracia.⁵²

Refletindo sobre o impacto do efeito halo na mediação, é importante que o mediador tenha consciência de que características inicialmente observadas nos indivíduos em litígio (como cor de pele, sexo, altura, largura do queixo, expressões faciais, etc.) podem enviesar sua opinião por estarem, em uma base comparativa particular (decorrente das experiências e de preconceitos do mediador), ligadas a características negativas, *e.g.*, propensão a mentir, maldade ou malandragem. Infere-se que a consciência dessa possibilidade contribui para mitigar esse efeito.

Um estudo realizado com 83 estudantes da Universidade de Princeton sugere que a maior parte da informação que utilizamos para fazer julgamentos de características pessoais é obtida nos primeiros 100 milissegundos de exposição a um rosto.⁵³ Isso reforça o risco de pré-julgamentos durante uma mediação, tanto por parte do mediador quanto por parte dos litigantes e, mais uma vez, entende-se que a consciência desse fenômeno pode ajudar o mediador na redução dos seus efeitos nocivos.

Outro fator importante é o peso dos argumentos de quem inicia a discussão, sendo imperioso descrever o efeito de ancoragem. Esse efeito ocorre quando alguém considera, em sua opinião (estimativa) sobre uma quantidade desconhecida, um valor particular, relevante ou não no contexto dessa quantidade.⁵⁴ O porquê do nome “ancoragem” ficará claro no seguinte estudo: visitantes do museu *Exploratorium*, separados em dois grupos (mais o grupo de controle) responderam a duas sequências de perguntas:

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 365 metros?

Qual a sua melhor estimativa (best guess) sobre a altura da sequoia mais alta?

A altura da sequoia mais alta é maior ou menor do que 55 metros?

Qual a sua melhor estimativa (best guess) sobre a altura da sequoia mais alta?

O resultado foi que os participantes que responderam à primeira sequência de perguntas ficaram “ancorados” na referência a 365 metros quando responderam à segunda questão e estimaram, em média, 257 metros. Já os participantes que responderam à segunda sequência de

⁵¹ Ibidem. p. 110.

⁵² TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir, HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science Magazine*, Vol 308, 2005. p. 16213.

⁵³ TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; Oosterhof, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social Cognition*, Vol 27, No. 6. 2009. p. 815-819.

⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 110.

perguntas ficaram “ancorados” em um valor menor – 86 metros como média para as respostas à segunda questão⁵⁵.

No caso da sequoia, seria possível dizer que a pergunta daria uma dica a respeito da altura, o que explicaria a ancoragem. Porém, em estudo surpreendente, descobriu-se que mesmo “âncoras” aleatórias podem influenciar os indivíduos. Foram selecionados 52 juízes alemães, com idades que variavam entre 24 e 33 anos, para sentenciar uma mulher que havia cometido um delito. A partir da leitura de uma descrição do caso, os participantes lançavam dois dados. Os dados foram preparados para sempre caírem nos números 1 e 2 (somando 3) para o primeiro grupo e 3 e 6 (somando 9) para o segundo grupo (havia também o grupo de controle). Logo após esse procedimento, a sentença sugerida deveria ser escrita em um questionário. O primeiro grupo (soma 3) apresentou média próxima a 5 anos em suas sentenças, enquanto o segundo grupo (soma 9) apresentou média próxima a 8 anos. Tal resultado sugere um efeito de ancoragem de quase 50%⁵⁶.

Até mesmo no âmbito do direito a ancoragem se mostrou presente. Um estudo mostrou que juízes – tanto experientes quanto iniciantes – foram suscetíveis à ancoragem em um caso envolvendo um estupro hipotético, no qual se depararam com acusações que sugeriam penas de 12 ou de 34 meses. A média de meses das sentenças dos magistrados que lidaram com a sugestão de pena de 12 meses foi de 28 meses, enquanto a média dos que lidaram com a sugestão de pena de 34 meses foi de 35,75 meses. O resultado persistiu mesmo quando os juízes declararam que o valor da âncora não era relevante para seu julgamento.⁵⁷ Ainda no âmbito jurídico, outro estudo apontou que as estimativas de risco detecção pelo criminoso também são influenciadas pela ancoragem, diferenciando-se da precisão evocada pela perspectiva criminológica predominante.⁵⁸

Ancoragem e efeito halo se complementam para enfatizar a importância da sequência de quem fala em uma mediação. É importante que essa sequência se dê de forma aleatória ou pré-definida e que o mediador envide esforços para que os primeiros argumentos, principalmente no caso de envolverem valores monetários, não enviem o restante da mediação. Uma alternativa possível seria sugerir que os participantes redijam os valores que pensam ser adequados à satisfação de sua demanda (ou do outro) em um papel, de modo a diminuir o peso da primeira opinião. O próprio mediador poderia redigir sua opinião anteriormente à discussão – apenas para si próprio e como forma de evitar ser influenciado.

A aleatoriedade (ou pré-definição), que funcionaria como um critério objetivo para decidir qual dos litigantes fala primeiro, pode ser obtida, conforme o Manual de Mediação do CNJ, com as seguintes indicações do mediador: “em nossas mediações, sempre quem moveu a ação dá início a essa fase”, ou simplesmente “em nossas mediações, sempre quem se senta à direita começa a falar”, com a ressalva de que “em mediações judiciais tal prática não se mostra recomendável uma vez que, como regra, os conflitos possuem litigiosidade mais acentuada do que aqueles resolvidos em mediações extra-judiciais”⁵⁹. Por fim, no caso de uma sequência de reuniões, seria interessante alternar a parte que começa a falar⁶⁰.

⁵⁵ JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol 21, Issue 11. 1995. p. 1161-1166.

⁵⁶ ENGLISH, Brite; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol 32, No. 2. 2006. P 194-195.

⁵⁷ ENOUGH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. “Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the Courtroom”. *Journal of Applied Social Psychology*. v. 31. N. 7. p. 1535-1551. 2001. p. 1545.

⁵⁸ POGARSKY, Greg ; ROCHE, Sean Patrick ; PICKETT, Justin T. Heuristics and biases, rational choice, and sanction perceptions. *Criminology*. v. 55 (1), pp. 85-111, 2017.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.) Op. cit. p. 175.

⁶⁰ Ibidem. p. 175.

3.4. Negligência com a Taxa-Base

O próximo viés a ser analisado é denominado “negligência com a taxa-base”. A taxa-base representa “fatos sobre uma população à qual um caso pertence, mas que não são relevantes para um caso individual”⁶¹, ou seja, considerando-se um vaso cheio de bolas de gude, algumas vermelhas e outras azuis, a taxa-base de bolas azuis seria a proporção de bolas dessa cor frente ao total.

Para completar a explicação do conceito, imagine-se a seguinte descrição: Pedro é uma pessoa retraída e calculista. Adora números e admira profundamente a arquitetura de Brasília, cidade onde estuda e na qual está concluindo a graduação. Há maior probabilidade de Pedro estar cursando engenharia ou direito? Sabendo que Pedro de fato está próximo a graduar-se em um desses dois cursos, qual é a probabilidade de ser em Engenharia?

Para responder a essas perguntas, normalmente recorreremos a um repertório associativo que sugere que Pedro deve cursar engenharia, uma vez que adora números, admira arquitetura e assim por diante. Por isso, a resposta poderia ser “engenharia”, para a primeira pergunta e algo em torno de “80%”, para a segunda.

A negligência com a taxa-base se revela na forma como se chegou a essas respostas. O mais relevante (e talvez o único) fator levado em conta para responder às duas perguntas dessa forma foi o perfil de Pedro ser similar a um estereótipo de engenheiro. A informação da taxa-base – do total de alunos de graduação em Brasília, quantos cursam direito (ou engenharia) – foi negligenciada. Para a segunda pergunta, o mais racional seria somar-se o total de alunos de graduação em direito e em engenharia, em Brasília, e, a partir desse montante, verificar-se quantos cursam, proporcionalmente, engenharia.

Essa informação da taxa-base, aí sim, de acordo com uma aplicação da regra de Bayes⁶², deveria ser multiplicada pela “diagnosticidade da evidência, o grau no qual ela favorece a hipótese”⁶³. Ou seja, supondo-se que o total de alunos de Engenharia represente 15% do total e considerando-se que a descrição fornecida sugira uma probabilidade de 80% de Pedro ser um futuro engenheiro, as duas informações poderiam ser combinadas pela regra de Bayes e o resultado seria uma probabilidade de 41% de Pedro cursar Engenharia⁶⁴.

O papel do mediador, a partir do conhecimento do viés apresentado, é fornecer a informação necessária para ajustar as expectativas dos litigantes. Esse ajuste se daria no sentido da aproximação das opiniões de cada litigante a respeito de suas chances (em termos de probabilidades) à taxa-base, o que torna a previsão a respeito dos possíveis resultados de um litígio judicial mais acurada.

⁶¹ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 213.

⁶² “A forma mais simples da regra de Bayes se dá na forma de chances: chances a posteriori = chances a priori × razão de probabilidade, onde as chances posteriores são as chances (a razão das probabilidades) para duas hipóteses concorrentes. Considere o problema da diagnose. Seu amigo testou positivo para uma doença grave. A doença é rara: apenas 1 em 600 casos mandados para teste de fato apresentam a doença. O teste é razoavelmente preciso. Sua razão de probabilidade é 25:1, o que significa que a probabilidade de que uma pessoa que tem a doença testará positivo é 25 vezes mais elevada do que a probabilidade de um falso positivo. Testar positivo é uma notícia assustadora, mas as chances de que seu amigo tenha a doença subiram apenas de 1/600 para 25/600 e a probabilidade é de 4%”. Ibidem. p. 569.

⁶³ Ibidem. p. 196.

⁶⁴ $(0,15/0,85) \times (0,80/0,20) = 0,706/1,706 = 0,41$.

Considerar a taxa-base é uma forma efetiva de escapar à ideia de que “cada caso é um caso”, tão cara aos profissionais do direito e que pode gerar pessimismo ou otimismo desarrazoados. A frase a seguir, de Kahneman, ilustra essa noção:

Certa vez fiz a um primo meu, um eminente advogado, uma pergunta sobre uma classe de referência: ‘Qual é a probabilidade de uma vitória do acusado em casos como este?’ Sua resposta seca de que ‘cada caso é um caso’ veio acompanhada de um olhar deixando claro que achava minha questão inadequada e superficial.⁶⁵

3.5. Efeitos de Enquadramento

O último viés abordado neste trabalho é o dos efeitos de enquadramento. Esse viés é caracterizado pelas diferentes emoções que as mesmas informações, apresentadas de modos diferentes, podem causar⁶⁶.

Um estudo publicado na revista “The New England School of Medicine”⁶⁷, que contou com a participação de pacientes, médicos e estudantes de graduação, testou a sensibilidade dos participantes a duas formas diferentes de relatar a mesma situação clínica.

O estudo basicamente comparava duas possibilidades de tratamento: a radioterapia e a cirurgia.

Após uma descrição dos efeitos e de algumas consequências relacionadas aos tratamentos, os participantes eram informados de que, em um determinado hospital, 10% dos pacientes que passam por cirurgia morrem durante o período perioperatório⁶⁸; ou, em outra formulação, 90% dos pacientes que passam por cirurgia sobrevivem durante o período perioperatório.

O estudo mostrou que as respostas dos participantes foram afetadas pela forma de apresentação da situação. Na média dos pesquisados, 42% preferiram a radioterapia na formulação que fala da mortalidade relacionada à cirurgia, frente a 25% de preferência quando a probabilidade de sobrevivência à cirurgia é relatada. Entre os médicos, 50% decidiram pela radioterapia quando se falava na mortalidade associada à cirurgia e apenas 16% quando se falava da taxa de sobrevivência.

Esse resultado mostra que mesmo o maior preparo acadêmico e a experiência dos médicos não foi suficiente para blindá-los do efeito de enquadramento.

Em outro estudo, realizado com estudantes da Universidade de Washington, a percepção de risco relacionada ao câncer foi maior quando se adotou a formulação “mata 1.286 de cada 10.000 pessoas”, em oposição a “mata 24.14 de cada 100 pessoas”. O experimento demonstra que um risco de mortalidade de 12,86% pode ser entendido como mais perigoso que um risco de 24,14%. Isso mostra que a percepção de risco aumenta quando se apresenta informação usando números maiores para as frequências relativas.⁶⁹

⁶⁵ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 310.

⁶⁶ Ibidem. p. 114.

⁶⁷ MCNEIL, Barbara J.; PAUKER, Stephen G.; SOX, Harold C. On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies. The New England Journal of Medicine, Vol 306, No. 21, 1982. p. 1259-1262.

⁶⁸ O período perioperatório, compreende os períodos pré-operatório imediato, transoperatório- intra-operatório, recuperação pós anestésica e pós-operatório imediato. CASTELLANOS, Brigueta Elza; JOUCLAS, Vanda Maria Galvão. Assistência de enfermagem perioperatória – um modelo conceitual. Rev. Esc. Enf. U8P, São Paulo, 24(3) :359-370, dez. 1990. p. 363.

⁶⁹ YAMAGISHI, Kimihiko. When a 12,82% Mortality is More Dangerous than 24,14%: Implications for Risk Communication. Applied Cognitive Psychology, Vol 11, 1997. p. 495-506.

Há, ainda, um viés relacionado aos efeitos de enquadramento denominado “negligência com o denominador” (o estudo citado, realizado com estudantes da Universidade de Washington, também serve para ilustrar esse viés). Esse efeito é demonstrado pelas diferentes percepções evocadas pelas seguintes frases: “uma vacina contra determinada doença grave apresenta um risco de incapacitação permanente de 0,001%” e “uma de cada 100 mil crianças que tomarem a vacina ficará permanentemente incapacitada”.

A segunda formulação parece mais perturbadora, pois evoca a imagem de uma criança permanentemente incapacitada sofrendo. As 999.999 crianças que se protegeram da doença grave não fazem a menor diferença no raciocínio. Provavelmente, se a formulação dissesse “uma de cada 1.000” ou “uma de cada 10.000”, a percepção de risco seria a mesma.⁷⁰ Por isso o nome “negligência com o denominador”.

A partir desses estudos, o mediador, sabendo da possível implicação do viés de enquadramento, qual seja, a disparidade de percepções evocadas por diferentes formas de apresentar uma informação, deve apresentar os dados relevantes para o litígio em diferentes formatos. Isso tende a atenuar o viés de enquadramento, mas requer atenção e destreza do mediador, que terá de verificar as informações fornecidas pelos litigantes e as taxas-base relevantes para o caso e moldar a apresentação desses dados de diferentes maneiras.

4. Conclusão

O conhecimento de vieses nas tomadas de decisão, ou seja, erros sistemáticos previsíveis ocasionados pela confiança em heurísticas, pode ajudar na condução da mediação ou da conciliação.

Mediação e conciliação foram aqui usadas de forma indistinta especialmente por não haver diferença de aplicação das sugestões aqui elencadas às duas práticas. Além disso, como explicado no tópico 2, apesar das diferenças conceituais, as práticas seguem o caminho da convergência, sendo processos autocompositivos nos quais as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução, a um acordo ou a uma composição.⁷¹

A partir da demonstração da importância crescente da economia comportamental em relação a outros campos de estudo, entre eles, o direito, buscou-se demonstrar que o julgamento realizado pelo magistrado, no processo regular, está permeado por incertezas, uma vez que o juiz, como qualquer outra pessoa, está sujeito a influências externas em suas decisões. O mediador, a par dessa constatação, deve expor às partes em litígio a maior influência no resultado exercida por ela no momento da mediação, alertando-as quanto à subjetividade inerente à atividade do juiz – sempre com o cuidado de não macular a imagem do Sistema de Justiça.

Em seguida, evidenciaram-se os vieses decisórios decorrentes da adoção de heurísticas.

O primeiro viés explanado foi o efeito de *priming*. Esse viés é parte de mecanismo associativo que, a partir de palavras ou outro gatilho, evoca lembranças, as quais, por sua vez,

⁷⁰ Conforme sugere o exemplo da indiferença em relação ao salvamento de 2 mil, 20 mil ou 200 mil pássaros na publicação: DESVOUSGES, William H. Measuring Natural Resource Damages with Contingent Valuation: Tests of Validity and Reliability. In Contingent Valuation: A Critical Assessment. ed. Jerry A Hausman. Amsterdã, 1993. p. 91-159.

⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Op. cit. p. 20-23.

evocam emoções e outras reações que interferem em certas decisões.⁷² No que diz respeito à mediação/conciliação, a utilização de palavras que remetam a consenso, acordo, benefícios mútuos pode acionar mecanismos de *priming* e facilitar a solução do conflito. O local de realização das reuniões é, também, merecedor de atenção, pois pode influenciar a propensão a um acordo, devendo a disposição das cadeiras e a decoração remeter a igualdade entre os partícipes.

O segundo viés analisado foi o efeito halo, explicado em conjunto com o terceiro, a ancoragem. O efeito halo significa a influência que uma opinião inicial sobre um aspecto particular de determinada pessoa pode ter sobre as opiniões subsequentes ou sobre uma opinião geral a respeito dela. Já a ancoragem ocorre quando alguém considera, em uma estimativa sobre uma quantidade desconhecida, um valor com o qual teve contato, relevante ou não no contexto dessa quantidade. Ambos os efeitos devem ser levados em conta pelo mediador na prevenção de preconceitos e opiniões enviesadas relacionadas a valores, além de realçar a importância da decisão a respeito de qual dos litigantes começa falando em uma reunião.

O terceiro efeito comentado foi a negligência com a taxa-base, que significa a pouca consideração por “fatos sobre uma população à qual um caso pertence, mas que não são relevantes para um caso individual”.⁷³ Para o conciliador, o conhecimento desse viés deve reforçar a apresentação de informações que ajudem os litigantes a ajustar suas expectativas de forma mais realista. Importante ressaltar que a correção ideal desse viés depende da existência de dados nem sempre disponíveis.

O quarto e último viés apresentado foi o dos efeitos de enquadramento, que remete às diferentes emoções que as mesmas informações, apresentadas de modos diferentes, podem causar.⁷⁴ De posse desse conhecimento, o mediador deve apresentar as informações de múltiplas formas, sempre tendo em vista uma decisão mais consciente por parte dos litigantes.

Contudo, a expectativa de adoção das propostas aqui apresentadas, de acordo com a própria economia comportamental, não deve ser grande. Estudo realizado na Suíça mostrou que a adesão de médicos à simples prática de lavar as mãos, quando o protocolo recomendava fazê-lo, não chegou a 50%, após avaliação de 2.834 situações.⁷⁵ No Brasil, estudo semelhante realizou 180 observações nas enfermarias da clínica cirúrgica e da clínica médica B do Hospital Universitário Clemente Faria (São Paulo) e concluiu que apenas 46% dos profissionais de saúde lavam as mãos da maneira recomendada.⁷⁶ Logo, é notória a dificuldade que nós, seres humanos, temos de converter achados científicos em mudanças de conduta.

5. Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan.-abr. 2019.

⁷² Ibidem. p. 69-72.

⁷³ KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 213.

⁷⁴ Ibidem. p. 114.

⁷⁵ PITTET, Didier. Compliance with hand disinfection and its impact on hospital acquired infection. The journal of hospital infection. v. 48, supplement A, S40-S46, ago., 2001.

⁷⁶ GOMES, Cláudio Henrique Rebello; BARROS, Amanda Araújo; ANDRADE, Maria Cecília Tolentino; ALMEIDA, Sílvia de. Adesão dos profissionais de saúde à lavagem de mãos em enfermarias de clínica médica e cirúrgica. Revista Médica de Minas Gerais. v. 17 (1/2), p. 5-9, 2007.

- ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio. in ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. Prefácio (coord). Guia de Economia Comportamental e Experimental: economiacomportamental.org, 2015.
- BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. PNAS 105, 2008.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CASTELLANOS, Brigueta Elza; JOUCLAS, Vanda Maria Galvão. Assistência de enfermagem perioperatória – um modelo conceitual. Rev. Esc. Enf. U8P, São Paulo, 24(3) :359-370, dez. 1990.
- DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. p. 1-15, 2015.
- DESVOUSGES, William H. Measuring Natural Resource Damages with Contingent Valuation: Tests of Validity and Reliability. In Contingent Valuation: A Critical Assessment. ed. Jerry A Hausman. Amsterdã, 1993.
- ENGLISH, Brite; MUUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. Personality and Social Psychology Bulletin, Vol 32, No. 2. 2006.
- ENOUGH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. "Sentencing under uncertainty: anchoring effects in the Courtroom". Journal of Applied Social Psychology. v. 31. N. 7. p. 1535-1551. 2001
- GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. Psicologia. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003
- GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. in RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e KLEIN Vinicius (coord). O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano. Brasília: edição do autor, 2013.
- GOMES, Cláudio Henrique Rebello; BARROS, Amanda Araújo; ANDRADE, Maria Cecília Tolentino; ALMEIDA, Sílvia de. Adesão dos profissionais de saúde à lavagem de mãos em enfermarias de clínica médica e cirúrgica. Revista Médica de Minas Gerais. v. 17 (1/2), p. 5-9, 2007

- JACOWITZ, Karen; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol 21, Issue 11. 1995.
- KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do rio de janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! *Revista de Processo*, v. 244, p. 431-432, jun./2015.
- LIEBMAN, Matthew. Who the judge ate for breakfast: on the limits of creativity in animal law and the redeeming power of powerlessness. *Animal Law – Limits of Creativity*, Vol 18:133, 2011.
- MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. Introdução à Psicologia. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004,
- MCNEIL, Barbara J.; PAUKER, Stephen G.; SOX, Harold C. On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies. *The New England Journal of Medicine*, Vol 306, No. 21, 1982.
- MLA style: "The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002". Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/>. Acesso em 04 jan. 2017.
- MLA style: "The Prize in Economic Sciences 2017". Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/>. Acesso em 04 jan. 2017.
- MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. 2018. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.14, n. 2, mai./ago. p. 618-653. ISSN 2317-6172.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- NISBETT, Richard; WILSON, Timothy DeCamp. The Halo Effect: Evidence for Unconscious Alteration of Judgments. BERGER, Jonah; MEREDITH, Marc; WHEELER, Cristian. Contextual Priming: Where People Vote Affects How They Vote. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol 35, No. 4. 1977.
- PITTET, Didier. Compliance with hand disinfection and its impact on hospital acquired infection. *The journal of hospital infection*. v. 48, supplement A, S40-S46, ago., 2001
- POGARSKY, Greg ; ROCHE, Sean Patrick ; PICKETT, Justin T. Heuristics and biases, rational choice, and sanction perceptions. *Criminology*. v. 55 (1), pp. 85-111, 2017.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. Nudge: o empurrão para a escolha certa. São. Paulo: Campus, 2009.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: volume 1. 61 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu; GOREN, Amir, HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. Science Magazine, Vol 308, 2005. p. 16213.
- TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; Oosterhof, Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. Social Cognition, Vol 27, No. 6. 2009. p. 815-819
- YAMAGISHI, Kimihiko. When a 12,82% Mortality is More Dangerous than 24,14%: Implications for Risk Communication. Applied Cognitive Psychology, Vol 11, 1997.