



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM
DIREITO**

BIANCA BEZ GOULART

**ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA:
entre o modelo da escolha racional e a economia
comportamental**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**Florianópolis
2018**

BIANCA BEZ GOULART

**ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA:
entre o modelo da escolha racional e a economia
comportamental**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação Profissional em Direito, *stricto sensu*, área de concentração em Direito e Acesso à Justiça, da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis
2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Goulart, Bianca Bez

Análise econômica da litigância : entre o modelo
da escolha racional e a economia comportamental /
Bianca Bez Goulart ; orientador, Orlando Celso da
Silva Neto, 2018.

209 p.

Dissertação (mestrado profissional) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em
Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Racionalidade. 3. Tomada de
decisão. 4. Litigância. 5. Celebração de acordos. I.
Silva Neto, Orlando Celso da . II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação
em Direito. III. Título.



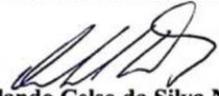
**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**

Centro de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito
Campus Universitário Reitor João David Ferreira Lima - Trindade
88040-900 - Florianópolis - Santa Catarina
Fone: (48) 3233-0390 - E-Mail: mpd.ufsc@gmail.com

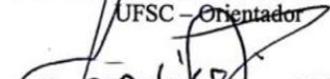
**Análise econômica da litigância: entre o modelo da escolha racional e a
economia comportamental**

BIANCA BEZ GOULART

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador
e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes
membros:


Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

UFSC - Orientador


Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

FGV - Membro


Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

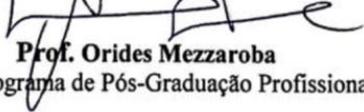
UFSC - Membro


Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

UFSC - Membro


Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho

UFSC - Membro


Prof. Orides Mezzaroba

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito

Florianópolis, 7 de novembro de 2018.

Dedico este trabalho a elas.

AGRADECIMENTOS

Qualquer sentimento de gratidão começa por ela, minha mãe, Rosimerie Fernandes, dona do coração mais bondoso e cheio de luz que já vi. Nada teria sido possível sem o seu exemplo do que é ser forte – sou grata por ter você ao meu lado nas batalhas da vida.

À minha irmã e amiga Paola Bez Goulart, que desde muito pequena me protegeu e me apontou o melhor caminho. Aprendi com você o significado da palavra superação e do amor incondicional. À minha irmã de alma, Manoela Bez, pela presença fraterna, pela bondade e por ter nos trazido a Alicinha.

Ao meu pai de coração, Eugênio Streliaev, por estar em cada possibilidade, em cada detalhe, no vigor dos meus passos, na voracidade dos meus posicionamentos e no carinho dos meus gestos.

Aos meus avós, Maria Bez e Valdir Fernandes, meu amor por vocês ultrapassa o empírico. Aos meus tios, sempre presentes, Miriam e João Batista Fernandes.

Ao meu namorado, Marcus Vinicius Motter Borges, com quem estou falando neste momento, às 3h57min da madrugada – ele sobre a sua tese de doutorado e eu sobre esta dissertação. Sou grata por compartilharmos absolutamente tudo, por ser o teu apoio e você a minha fortaleza.

Ao meu tio Marcelo Stemmer, por ter me acolhido no início desta pesquisa, por ter me incentivado e pelo carinho de sempre.

Ao Professor Francisco Bissoli Filho, por estar, há longa data, nos meus passos, na minha predileção pelo estudo acadêmico e no vigor dos meus argumentos. Aos colegas e amigos do gabinete, em especial a Ivana Leticia Kruger e a Alexandra Maryama, por compartilharem cada etapa desta trajetória.

Às minhas amigas, Bruna Lima, Anna Carolina Pereira, Marina Cordella, Luiza Fornerolli, Heloísa Cardoso, Luiza Felipe e Natália Lins, pelos momentos de descontração e pelo acolhimento reconfortante. Ao Marcelo e à Juliana Brito de Araújo, pelos conselhos profissionais e pela amizade.

Ao Professor Orlando Celso da Silva Neto, pela confiança, pelas provocações, pela paciência, pelas cuidadosas críticas e por ter me apoiado e encarado comigo a árdua temática da litigância.

Aos Professores Luciano Benetti Timm e Everton das Neves Gonçalves, por estarem no meu afeto pela análise econômica e por

terem, gentilmente, aceitado o convite para participar da banca examinadora desta dissertação.

Ao Professor Alexandre Morais da Rosa, por estar presente em cada passo e construção desta dissertação, por ter participado da qualificação deste trabalho, por ter aturado as minhas dúvidas e pela fraterna amizade.

Ao Professor Gilson Mitchels, pelas excelentes considerações durante a qualificação desta dissertação. Agradeço por ter aceitado, gentilmente, participar da construção deste trabalho.

Aos colegas de mestrado, Thaís, Mathias, Beatriz e Daniel, sem os quais o percurso de aprendizados não teria sido tão leve e proveitoso.

Aos servidores do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, em especial a Evelyn, pela prontidão, paciência e zelo com que exerce a sua função.

“As matemáticas, a geometria, a física
e a química, a biologia, a geologia, a
zoologia, a botânica, a climatologia, a
antropologia, a economia política e
tantas outras constituem mananciais
em que o sábio da ciência jurídica
bebe o que lhe é mister ”

*(Francisco Cavalcanti Pontes de
Miranda)*

RESUMO

GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica da litigância: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental*. 2018. 209f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

A litigância é tema recorrente, cerne de inquietações no direito brasileiro. Entender quais fatores contribuem para o contexto de sobreutilização do Poder Judiciário é medida premente quando se almeja atenuar o ciclo massivo de litigância estabelecido. A partir dessa temática, sob a ótica da microeconomia e através das lentes da análise econômica, o objetivo do presente trabalho é analisar os fatores objetivos e subjetivos que levam à propositura de ações judiciais, em contraposição à celebração de acordos, sob duas perspectivas: a teoria do modelo da escolha racional e a economia comportamental. Para a realização de tal escopo, adotou-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, notadamente a estrangeira. Subdividido em quatro capítulos, o primeiro deles dedicou-se a analisar a tomada de decisão relativa à propositura de ações judiciais e à celebração de acordos sob a perspectiva da teoria do modelo da escolha racional, depois de averiguar que a escassez de recursos – fator aplicado ao Poder Judiciário – leva à necessidade de realização de escolhas pelo indivíduo. No segundo capítulo, com a inserção da análise econômica comportamental, a partir das premissas estabelecidas pela *bounded rationality*, preconizada por Herbert Alexander Simon, e dos pressupostos relativos à *prospect theory*, cunhada por Daniel Kahneman e Amos Tverski, juntaram-se à mensuração da análise relativa à litigância e à celebração de acordos os aspectos e os fatores subjetivos do indivíduo, notadamente as heurísticas e os vieses cognitivos. A perspectiva contida neste trabalho, aliás, não contrapõe ou invalida a abordagem neoclássica e o modelo da escolha racional com a inclusão de aspectos psicológicos do indivíduo. Conquanto os fatores de cunho subjetivo influam na tomada de decisão referente à litigância e à celebração de acordos, estes elementos não afastam as premissas estabelecidas pelo modelo da escolha racional, o qual conserva o seu caráter instrumental e, sobretudo, de *ponto de partida* para a inserção dos aspectos íntimos dos decisores. No terceiro capítulo, analisou-se a questão da litigância a partir das premissas cunhadas pela *prospect theory* e, ato contínuo, realizou-se a subsunção das heurísticas da

ancoragem e do afeto ao contexto da decisão relativa à propositura de ações judiciais e à celebração de acordos. No quarto capítulo, discorreu-se sobre como os vieses cognitivos confirmatório, egocêntrico, este em conjunto com a heurística do excesso de confiança, e o viés otimista podem influenciar a escolha entre litigar ou cooperar. Ao final deste último capítulo, indicaram-se algumas medidas mitigatórias do campo de atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos abordados neste estudo. Alcançados os objetivos, conclui-se que a análise da litigância não se esgota nos vieses e nas heurísticas elegidas para o presente trabalho e que a conscientização de seus aspectos é o primeiro passo rumo à tomada de decisão quanto à litigância de forma menos intuitiva e mais deliberativa.

Palavras-chave: Racionalidade. Tomada de decisão. Litigância. Celebração de acordos. Modelo da escolha racional. Economia comportamental.

ABSTRACT

GOULART, Bianca Bez. *Economic analysis of litigation: between the rational choice model and the behavioral economy*. 2018. 209p. Dissertation (Master in Law) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

Litigation is a recurring theme, a core of concerns in Brazilian law. Understanding which factors contribute to the context of overuse of the Judiciary is an urgent measure when it is intended to mitigate the massive cycle of established litigation. From this view, from the perspective of microeconomics and through the lens of economic analysis, the objective of this paper is to analyze the objective and subjective factors that lead to the filing of lawsuits, as opposed to the conclusion of agreements, from two perspectives: model theory of rational choice and behavioral economics. For the accomplishment of such scope, the method of deductive approach and the technique of bibliographic research, especially the foreign one, were adopted. Subdivided into four chapters, the first of them focused on analyzing decision-making concerning the bringing of lawsuits and the conclusion of agreements from the perspective of rational choice model theory, after ascertaining that the scarcity of resources - applied factor to the Judiciary - leads to the need for choices made by the individual. In the second chapter, with the insertion of behavioral economic analysis, based on the premises established by the bounded rationality, advocated by Herbert Alexander Simon, and the assumptions about prospect theory, coined by Daniel Kahneman and Amos Tverski, were added to the measurement of the analysis concerning litigation and the conclusion of agreements the subjective aspects and factors of the individual, notably heuristics and cognitive biases. Moreover, the perspective contained in this paper does not contradict or invalidate the neoclassical approach and the rational choice model with the inclusion of psychological aspects of the individual. Although the subjective factors influence the decision-making regarding litigation and the conclusion of agreements, these elements do not remove the premises established by the rational choice model, which retains its instrumental character and, above all, as a starting point for the insertion of the intimate aspects of decision-makers. In the third chapter, the question of litigation was analyzed from the premises coined by prospect theory and, subsequently, the heuristics of anchorage and affection were subsumed

in the context of the decision regarding the filing of lawsuits and the conclusion of agreements. The fourth chapter has discussed how the confirmatory, egocentric, cognitive biases, along with the heuristic of overconfidence, and optimistic bias can influence the choice between litigating or cooperating. At the end of this last chapter, some mitigating measures of the heuristic and cognitive bias fields covered in this study were indicated. Achieving the objectives, it is concluded that the analysis of the litigation is not exhausted in the biases and heuristics chosen for the present work and that the awareness of its aspects is the first step towards the decision-making regarding the litigation in a less intuitive and more deliberative.

Keywords: Rationality. Decision making. Litigation. Settlements. Model of rational choice. Economic behavior.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Hipótese de celebração de acordo.....	43
Quadro 2 - Hipótese de propositura de ação judicial	43
Quadro 3 - Hipótese de aumento no campo de negociação.....	47
Quadro 4 - Potencialização do viés otimista em face da imprevisibilidade das decisões judiciais.....	162
Quadro 5 - Mitigação do viés otimista em face da previsibilidade das decisões judiciais	169
Quadro 6 - Síntese das heurísticas, dos vieses cognitivos e das medidas mitigatórias abordados	180

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 ANÁLISE DA DECISÃO RELATIVA À LITIGÂNCIA OU À CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SOB O ENFOQUE DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL	27
1.2 PREMISSAS DECORRENTES DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL NECESSÁRIAS À ANÁLISE DA DECISÃO DE LITIGAR OU DE CELEBRAR ACORDO.....	36
1.3 ANÁLISE PRÁTICA IDEAL DA ESCOLHA ENTRE PROPOR AÇÃO JUDICIAL OU CELEBRAR ACORDO E SUAS VARIÁVEIS: DIMENSIONAMENTO DA PROBABILIDADE DE ÊXITO DA DEMANDA, BENEFÍCIO OU PREJUÍZO ESPERADO, CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS E CONTRATUAIS.....	41
1.3.1 A inserção das regras norte-americana e inglesa de alocação de custas e despesas processuais e suas consequências em relação à decisão de litigar ou de celebrar acordo	49
1.3.2 A introdução do risco, do otimismo e do pessimismo na decisão de litigar ou celebrar acordo	53
2 A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE SOBRE A TOMADA DE DECISÃO NA PERSPECTIVA DA LIMITAÇÃO DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	61
2.1 BOUNDED RATIONALITY.....	63
2.2 A PROSPECT THEORY E AS HEURÍSTICAS DA REPRESENTATIVIDADE, DA DISPONIBILIDADE E DA ANCORAGEM.....	71
2.3 OUTRAS HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS: ENTENDENDO O CONTEXTO DA DECISÃO DE LITIGAR.....	83
2.3.1 A heurística do afeto (affect heuristic)	84
2.3.2 A heurística do excesso de confiança (overconfidence heuristic)	87
2.3.3 O viés confirmatório (confirmation bias)	89
2.3.4 O viés egocêntrico (egocentric bias)	91
2.3.5 O viés otimista (optimistic bias)	93
3 A DECISÃO DE LITIGAR OU DE CELEBRAR UM ACORDO SOB OS ENFOQUES DA BOUNDED RATIONALITY, DA PROSPECT THEORY, DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS	99

3.1 GANHAR OU PERDER: UMA QUESTÃO DE PERCEPÇÃO DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO AVESO AO RISCO OU DE BUSCA DO RISCO.....	102
3.1.1 A importância da determinação do ponto de referência para a escolha de litigar ou celebrar acordo.....	112
3.2 A POTENCIALIDADE DAS EMOÇÕES COMO FATOR DETERMINANTE DA PROPOSITURA DE AÇÕES JUDICIAIS OU DA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS.....	119
4 OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS CONFIRMATÓRIO, EGOCÊNTRICO E OTIMISTA NO PROCESSO DECISÓRIO RELATIVO À LITIGÂNCIA E À CELEBRAÇÃO DE ACORDOS.....	137
4.1 O PERIGO DA POSIÇÃO INICIAL OU DA PRÉ-CONCEPÇÃO: A VISÃO SELETIVA E A COLETA AFUNILADA DE INFORMAÇÕES.....	138
4.2 A VISÃO INFLADA DE SI E A CONVICÇÃO ILUSÓRIA DE CERTEZA.....	152
4.3 O OTIMISMO NO CONTEXTO DAS NEGOCIAÇÕES E DA ESCOLHA RELATIVA À PROPOSITURA DE AÇÕES JUDICIAIS.....	157
4.3.1 A imprevisibilidade das decisões judiciais como fator de potencialização do viés otimista.....	159
4.3.2 As custas e as despesas processuais como fatores determinantes da força de atuação do viés otimista.....	172
4.4 BREVE APONTAMENTO SOBRE A ATUAÇÃO CONTRAINTUITIVA: POTENCIAIS MEDIDAS LEGAIS E EXTRALEGAIS DE ATENUAÇÃO DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS ABORDADOS.....	179
CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS.....	191

INTRODUÇÃO

Debruçar-se sobre a realidade fática e não apenas normativa, isto é, de análise pura e simples de prescrições e textos legais, é um dos objetos da teoria econômica, “a qual envolve uma predição sobre determinados comportamentos humanos, por meio de leis”¹. Por assim dizer, “essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso”², oferecendo “para o Direito o necessário instrumental metodológico orientador das políticas públicas e da tomada de decisão privada”³.

Entrelaçado nessa realidade, o tema que circunda o presente estudo é a análise econômica da litigância e ele desemboca nas razões que levam os indivíduos a escolher entre litigar ou celebrar um acordo. A necessidade de utilizar o instrumental teórico da análise econômica serve ao propósito de buscar entender a escolha relativa à propositura de uma ação judicial não só sob uma perspectiva idealizada do dever ser⁴, mas, ao mesmo tempo, pragmática, técnica e científica⁵.

¹ TIMM, Luciano Benetti; YEUNG, Luciana. Finalmente a Análise Econômica dos Contratos! In: _____. *Artigos e ensaios de direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 31.

² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 261-290, jun. 2014, p. 264.

⁴ Explicitam Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer que “aplicar a Teoria Econômica ao Direito é possibilitar critério único e racional para se atingir o *dever ser possível* segundo condições dadas, diferentemente do *dever ser idealizado*, mas, frequentemente, inatingível devido ao seu descomprometimento com o mundo real ou seu caráter meramente político-ideológico”. (Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 1, n. 28, p. 97, 2012. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 6 out. 2018).

⁵ Consoante assenta Orlando Celso da Silva Neto, a aplicação das ferramentas da análise econômica do direito “[...] permite ao tomador de decisão, ao efetuar sua análise, positiva ou normativa, entender melhor as consequências, custos e potenciais benefícios desta decisão sobre todos os afetados” (É possível a análise econômica do direito do consumidor? *Anais...* Encontro Nacional do CONPEDI, Aracaju, 2015, p. 372. Disponível:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018).

De plano, é importante registrar que oitenta milhões de processos estão em tramitação no Poder Judiciário brasileiro. Esse é o número aproximado que representa o resumo da litigiosidade que invocou a prestação jurisdicional no ano de 2017. Segundo consta no Relatório Justiça em Números de 2018 (ano-base 2017)⁶, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a cada 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017, aí inseridos os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais⁷.

Durante o ano de 2017, 29,1 milhões de ações judiciais foram propostas ao Poder Judiciário, o que representa uma variação de estoque da ordem de 0,3% em relação ao ano de 2016, ou seja, houve um incremento de 244 mil casos. Ainda assim, essa variação é a menor já registrada desde 2009, resultado que decorre, consoante apontado no Relatório Justiça em Números de 2018 do CNJ, do desempenho da Justiça Estadual, cujo estoque de processos variou em apenas 0,4% no ano de 2017, embora historicamente registre um crescimento médio da ordem de 4%.

Considerada toda a série histórica, contada a partir de 2009, a demanda pelos serviços prestados pelo Judiciário brasileiro registrou um crescimento acumulado de 18,3%. Em 2017, houve um decréscimo de novos casos da ordem 1% em relação ao ano de 2016 e um aumento de 5,2 % de processos solucionados. Trinta e um milhões de processos foram baixados no ano de 2017, o que não significa que todas essas ações foram devidamente solucionadas⁸.

Na verdade, estão pendentes, ou seja, nunca receberam nenhum movimento de baixa, 79,3% dos processos, embora no ano de 2017 tenham sido proferidas 31 milhões de sentenças e decisões terminativas,

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018.

⁷ No ano de 2017, o Poder Judiciário de Santa Catarina registrou 11.117 casos novos por 100.000 habitantes, salientando-se que este número não engloba as execuções de títulos judiciais.

⁸ Conforme a Resolução n. 76/2009 do CNJ, consideram-se baixados os processos: 1. remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; 2. remetidos para instâncias superiores ou inferiores; 3. arquivados definitivamente; e 4. em que houve decisões que transitaram em julgado e teve início a liquidação, o cumprimento ou a execução. Além disso, “computa-se apenas uma baixa por processo e por fase/instância (conhecimento ou execução, 1º ou 2º graus). Os casos pendentes, por sua vez, são todos aqueles que nunca receberam movimento de baixa, em cada uma das fases analisadas”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018, p. 73.

com aumento de 707,6 mil casos em relação ao ano de 2016. Salienta-se que o índice de conciliação foi de apenas 12,1%, calculado em comparação com sentenças e decisões terminativas, excluídas as transações penais e os casos em que a composição foi pré-processual.

Aliás, a diferença entre o volume de processos pendentes e o volume de ações que ingressam a cada ano é de 3,1 vezes a demanda em tramitação na Justiça Estadual e de 2,7 vezes na Justiça Federal. Esta relação indica que seriam necessários, mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, respectivamente, 2 anos e 11 meses e 2 anos e 10 meses para zerar o estoque de processos, supondo-se que nenhuma outra ação fosse proposta durante esse período. Tudo isso, vale dizer, às expensas de 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional em um contexto em que o custo pelo serviço de Justiça no ano de 2017 foi de R\$ 437,47 por habitante, R\$ 15,2 a mais do que no ano de 2016.

Observados esses números, optou-se por iniciar o presente trabalho com os dados extraídos do atual relatório elaborado pelo CNJ com o objetivo de justificar a importância de entender *como e o que leva* as pessoas a tomarem a decisão de propor uma ação judicial, em detrimento da celebração de acordos. O enfoque do estudo, é importante mencionar, não está na *oferta* dos serviços judiciários, isto é, nos fatores que determinam a eficiência dos tribunais e dos órgãos julgadores⁹, mas naquilo que estimula a demanda ao Poder Judiciário, ainda que aqueles elementos de eficiência reflitam continuamente na atuação dos operadores e dos sujeitos processuais.

Em vista do pressuposto de que os recursos do Poder Judiciário são escassos – e a noção de escassez se traduz no ponto de partida da análise econômica¹⁰⁻¹¹ –, as escolhas ou as decisões tomadas pelas

⁹ Pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio do Grande do Sul, por meio de equipe multidisciplinar coordenada por Luciano Benetti Timm e Hermílio Santos Filho, com o objetivo de delimitar as causas da morosidade das ações cíveis no Poder Judiciário brasileiro, analisou diversos fatores ligados à eficiência de diferentes unidades da justiça. O estudo, além de buscar os fatores motivacionais relacionados à decisão de litigar, por meio da realização de 112 entrevistas em três estados brasileiros (Rio Grande do Sul, São Paulo e Pará), também analisou os elementos que determinam a eficiência dos tribunais estaduais, como gestão de recursos materiais e humanos, procedimentos administrativos, uso de tecnologias, entre outros, por meio da análise envoltória de dados (DEA). PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil* – Relatório Final Ajustado. Porto Alegre: PUCRS, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, março 2011.

¹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22. Para Herbert Alexander Simon: “La scarsità è un fatto centrale della vita. Poichè le risorse (terra, denaro, combustibile, tempo, attenzione) sono scarse in rapporto agli usi che ne facciamo, è compito della razionalità allocarle. La disciplina

peças diretas ou indiretamente envolvidas com a função judiciária, desde o eventual demandante ao estagiário do juiz, dão forma ao atual cenário de sobreutilização do Judiciário brasileiro¹².

Dentro dessa moldura e sob a ótica da microeconomia¹³, o presente trabalho centra-se na análise da decisão a ser tomada pelo potencial litigante e pelo eventual demandado de propor uma ação judicial ou celebrar um acordo, sem descuidar de outros sujeitos processuais, especialmente o advogado e o juiz. Para tanto, partir-se-á das premissas de que os indivíduos que conflitam são plenamente capazes e o direito envolvido é privado e inteiramente disponível. Acrescenta-se que a abordagem, em diversas oportunidades, dirigir-se-á às decisões tomadas pelos magistrados e à atuação dos advogados.

Atingir esse desiderado requer conhecer e compreender os elementos que as pessoas sopesam ao decidir entre a propositura de uma ação judicial e a realização de um acordo, considerando a enorme demanda que transita no Poder Judiciário – apenas no ano de 2017, vale lembrar, foram ajuizadas 29,1 milhões de ações¹⁴.

dell'economia ha assunto come proprio interesse focale l'esecuzione di quel compito.” (*Causalità, razionalità, organizzazione*. Tradução de Francesco Filippi. Bologna: Il Mulino, 1985, p. 341).

¹¹ Sobre a relação entre o livre acesso e a escassez dos recursos, não se pode deixar de mencionar os estudos de Garret Hardin, materializados no artigo intitulado “The Tragedy of the Commons”, no qual o autor faz uso do exemplo de criadores de gado que utilizam pastagem de capacidade limitada, mas a todos aberta, para concluir, a partir dos incentivos e dos interesses individuais de cada pastor, que o resultado não poderia ser outro senão a destruição, pela sobreutilização da terra. (The tragedy of the Commons. *Science*. New Series, v. 162, n. 3.859, p. 1243-1248, dec. 1968. Disponível em: <http://pages.mtu.edu/~asmayer/rural_sustain/governance/Hardin%201968.pdf>. Acesso em: 6 out. 2018).

¹² Ivo Teixeira Gico Júnior, em sua tese, demonstra teoricamente que a insegurança jurídica (imprevisibilidade das decisões judiciais), aliada ao livre acesso ao Poder Judiciário, gera incentivos à sobreutilização dos tribunais, implicando, entre outras consequências, lentidão, ineficiência e baixa qualidade na prestação jurisdicional (*A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Tese. (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012).

¹³ Cumpre registrar que a microeconomia “[...] diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 35.

¹⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, embora acredite que a análise econômica de direito possua ferramentas suficientes para entender a problemática, aponta que é “um verdadeiro e instigante paradoxo a constatação de que, por um lado, o Judiciário aparece mal avaliado pela população em geral, a qual, todavia, insiste em procurá-lo massivamente, no afã de solucionar seus conflitos; mal comparando, seria como um

A investigação, ademais, coaduna-se com a área de concentração de “Direito e Acesso à Justiça” do Programa Profissional de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina. Acrescente-se que, por seu viés pragmático e interdisciplinar, o estudo contribui como importante ferramental para os operadores do direito na medida em que poderão antever, no cotidiano de seu labor, algumas das razões objetivas e subjetivas que determinam e influenciam a decisão tomada pelos atores desse cenário: as partes, os advogados e os juízes.

O interesse no desenvolvimento deste trabalho, a partir das lentes da análise econômica do direito, funda-se, em primeiro, na necessidade de investigação de assunto ainda pouco explorado, especialmente pelos juristas brasileiros avessos ao viés instrumental da Análise Econômica do Direito (AED); em segundo, em razão do atual cenário vivenciado por operadores e usuários do Poder Judiciário, pois há de se buscar as razões da imensa demanda que assoma ao Judiciário brasileiro, sob uma perspectiva interdisciplinar e do indivíduo.

O escopo geral do presente estudo, portanto, é analisar os elementos objetivos e subjetivos que, eventualmente, influenciem os indivíduos na tomada de decisão entre litigar e celebrar um acordo, partindo do instrumental da análise econômica do direito. Como objetivos específicos, em um primeiro momento, pretende-se analisar os aspectos e os fatores que levam à decisão de propor uma ação judicial ou realizar um acordo a partir das premissas estabelecidas pela abordagem neoclássica da economia; em segundo, abordar e compreender a economia comportamental, com especial enfoque nas heurísticas e nos vieses cognitivos.

A questão da racionalidade, por consequência, apresenta-se como elemento central do presente estudo. O pressuposto básico da economia neoclássica, coadunando-se com o individualismo metodológico¹⁵ no intuito de estabelecer uma linha de conduta previsível, consiste na afirmação de que as pessoas maximizam a utilidade (satisfação, felicidade, prazer) de suas escolhas. Ou seja, entre as opções ou alternativas disponíveis, em conformidade com o modelo da escolha

aglomerado de pessoas se esforçasse ao máximo para entrar num ônibus, que, todavia, se locomove lentamente, gasta combustível em excesso e não oferece conforto nem segurança aos passageiros” (*Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34).

¹⁵ Define-se o individualismo metodológico, em síntese, como “[...] a tentativa de derivar todo o comportamento econômico a partir da ação de indivíduos em busca da maximização de suas vantagens”. BLAUG, Mark. *Metodologia da Economia*. São Paulo: Edusp, 1993, p. 315.

racional, os indivíduos tomarão a decisão que lhes traga mais bem-estar¹⁶.

No plano da metodologia, o estudo adota o raciocínio dedutivo, compreendido como aquele que parte de argumentos gerais apanhados das teorias de base e que circundam a temática aqui proposta para, a partir daí, chegar a conclusões particulares. A técnica de pesquisa será de natureza bibliográfica, notadamente estrangeira, essencial para reunir e compor a estrutura teórica do estudo – livros, revistas, periódicos e sites de interesse – necessária, *in casu*, à definição dos fatores individuais determinantes da litigância.

Quanto à estrutura, necessária à apresentação deste relatório, divide-se em introdução, quatro capítulos de conteúdo, conclusão e lista das referências efetivamente utilizadas ao longo de todo o esforço de pesquisa.

O *primeiro capítulo* de conteúdo analisa a decisão relativa à litigância ou à celebração de acordos, a ser tomada pelo potencial

¹⁶ Consoante assenta Richard Allen Posner: “O comportamento é racional, quando está em conformidade com o modelo da escolha racional, qualquer que seja o estado da mente do escolhedor [...]. Isso implica que as pessoas respondem a incentivos – que, se o ambiente da pessoa mudar de tal forma que ela possa aumentar sua satisfação alterando seu comportamento, ela o fará” (*Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014 (Kindle version), tradução livre). No texto original: “Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. [...] This implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfaction by altering his behavior, he will do so”. No artigo intitulado “*Behavioral Law and Economics: a critique*”, o referido autor registra que “a análise econômica do direito, sem abandonar seu compromisso com o modelo racional do comportamento humano, abandonou o modelo de homem (ou mulher) hiperracional, sem emoção, anti-social, supremamente egoísta e não-estratégico, operando em condições de aquisição e processamento de informações sem custo, que os psicólogos cognitivos corretamente ridicularizam como irrealista e, mais importante, é deficiente em poder explicativo e preditivo em relação a vários fenômenos em que economistas e advogados economicamente atentos estão interessados” (*Behavioral law and economics: a critique. Economic Education Bulletin*, Great Barrington, Massachusetts 01230, American Institute for Economic Research, v. XLII, n. 8, aug. 2002, p. 2. Disponível em:

<<https://www.aier.org/sites/default/files/Files/Documents/Research/3731/EEB200208.ppt>>. Acesso em: 7 out. 2018, tradução livre). No texto original: “economic analysis of law, without abandoning its commitment to the rational model of human behavior, has abandoned the model of hyperrational, emotionless, unsocial, supremely egoistic, omniscient, utterly selfish, nonstrategic man (or woman), operating in conditions of costless information acquisition and processing, that cognitive psychologists rightly deride as unrealistic, and, more important, that is deficient in explanatory and predictive power with regard to a number of the phenomena in which economists and economically minded lawyers are interested”.

litigante e pelo eventual demandado, sob a perspectiva do modelo da escolha racional. Depois de situar a racionalidade e a escassez como elementos essenciais da escolha, parte-se para a análise prática ideal da decisão entre propor uma ação judicial ou realizar um acordo, considerando as variáveis da probabilidade de êxito da demanda, do benefício ou do prejuízo esperado e das custas e despesas processuais. Em seguida, abordam-se as regras norte-americana e inglesa de alocação de custas e, de forma breve, o risco e o otimismo, com a finalidade de determinar suas consequências em relação ao aumento ou à diminuição da litigância.

Com foco em um dos objetivos específicos deste estudo, no *segundo capítulo*, discorre-se sobre a limitação do pressuposto estabelecido pela abordagem neoclássica da economia, congregando a *bounded rationality*, cunhada por Herbert Alexander Simon, e a *prospect theory*, originada a partir dos estudos realizados por Amos Tversky e Daniel Kahneman. Nesse ponto, o presente trabalho, é importante frisar, debruça-se sobre as mencionadas teorias sob uma perspectiva complementar e evolucionária em relação à abordagem neoclássica, ou seja, ao invés de contrapor uma à outra, concebe-se que os *limites* infligidos à racionalidade humana não têm o condão de invalidar o modelo da escolha racional¹⁷.

No afã de construir uma linha evolutiva da análise da tomada de decisão entre litigar e celebrar acordo, o segundo capítulo conceitua e examina os meandros da *bounded rationality* e da *prospect theory*, dando razoável espaço a heurísticas e vieses cognitivos. Ato contínuo, com a intenção de compreender, de forma pragmática, as influências cognitivas a que estão expostos os indivíduos na realização de escolhas, abordam-se as principais características das heurísticas da representatividade, da disponibilidade, da ancoragem, do afeto e do excesso de confiança, além dos vieses confirmatório, egocêntrico e otimista.

¹⁷ Para Richard Allen Posner, o fato de as pessoas nem sempre fazerem escolhas racionais não invalida a teoria da escolha racional. Na sua análise: “A teoria da escolha racional aceita que a capacidade das pessoas de processar informações é limitada – há custos não apenas para obter informações, mas também para absorver e usar essas informações”. (*Economic analysis of law*, tradução livre). No texto original: “The fact that people do not always make rational choices does not invalidate rational choice theory; random deviations from rational behavior will cancel out [...]”. “Rational choice theory accepts that people’s ability to process information is limited – there are costs not only of obtaining information but also of absorbing and using it”.

Os capítulos seguintes, alinhavando as peculiaridades da *bounded rationality* e da *prospect theory*, analisam como o contexto da tomada de decisão entre propor uma ação judicial ou celebrar um acordo pode ser influenciado ou determinado pela atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos e qual a melhor forma de mitigar seus campos de atuação. Especificamente no *terceiro capítulo*, investiga-se a percepção de ganho ou de perda (*framing*) e em qual medida este enquadramento pode ser crucial ao comportamento avesso ao risco ou de busca do risco, sempre trazendo as conclusões para a conjuntura da escolha relativa à litigância. Além disso, examina-se a heurística da ancoragem e do afeto, voltando à análise para a importância da determinação do ponto de partida ou de referência e para a potencialidade das emoções como fator de influência da escolha entre aceitar o acordo ou ajuizar a demanda.

Dando seguimento à lógica de subsumir cada heurística e viés cognitivo ao contexto da decisão relativa à litigância, o *quarto capítulo* examina o viés confirmatório, não apenas o seu campo de atuação sobre o potencial litigante e o eventual demandado, mas, também, sobre os comportamentos dos advogados e dos juízes. Depois, passa-se a discorrer sobre o viés egocêntrico e a heurística do excesso de confiança, evidenciando como a percepção inflada de si e a convicção ilusória de certeza podem ser determinantes para as negociações ou a escolha de propor a ação judicial. Por fim, traz-se o viés otimista, evidenciando como o seu campo de atuação é capaz de influenciar a decisão relativa à litigância, especialmente no contexto de insuficiência ou ausência de previsibilidade das decisões judiciais, de “livre acesso” ao Poder Judiciário brasileiro e diante da forma inglesa de alocação das custas e das despesas processuais.

1 ANÁLISE DA DECISÃO RELATIVA À LITIGÂNCIA OU À CELEBRAÇÃO DE ACORDOS SOB O ENFOQUE DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL

A necessidade de se socorrer do instrumental da análise econômica serve ao propósito de entender a realidade fática, seja ela jurídica, mercadológica ou política por exemplo, não apenas por senti-la ou percebê-la, mas para buscar compreendê-la à luz do arcabouço teórico e científico concebido pelas ciências econômicas. Isso não significa dizer, vale registrar, que os sujeitos e profissionais que atuam no universo jurídico estão alheios ou desatentos à realidade que os circunda.

Ao revés, especialmente aqueles que trabalham no meio jurídico notam como o sistema opera, adaptam-se a ele para sobreviver e o modificam na medida do possível. Dizer, a título de exemplo, que o juiz proferiu uma sentença utilizando apenas argumentos favoráveis à sua decisão, sem afastar ou justificar o não acolhimento das alegações, dos indícios ou das provas trazidas pela parte contrária não é algo incomum de se ouvir no mundo jurídico. Todavia, poucos sabem que esse comportamento pode ser explicado pela teoria econômica, no caso pela atuação do viés confirmatório, tema a ser abordado no último capítulo do presente estudo.

A questão da litigância, nesse contexto, também encontra lugar na análise econômica. O objetivo deste primeiro capítulo, justamente, é entender a tomada de decisão entre propor uma ação judicial ou celebrar um acordo sob o enfoque da teoria do modelo da escolha racional. Em um primeiro momento, sob um ponto de vista mais genérico, aborda-se a questão da racionalidade e da escassez como elementos essenciais da escolha, adentrando, na sequência, aos pressupostos da teoria do modelo da escolha racional.

Compreender a escolha relativa à litigância sob a perspectiva tradicional da economia, denominada de abordagem neoclássica, é o primeiro passo para se reconhecer a importância – outrora ignorada no contexto do Judiciário brasileiro –, de variáveis como a determinação da probabilidade de êxito da demanda ou as custas e as despesas processuais. Na terceira parte deste capítulo inicial, analisa-se a tomada de decisão entre propor uma ação judicial ou realizar um acordo a partir dos pressupostos do modelo da escolha racional, inserindo neste exame as regras norte-americana e inglesa de alocação das custas, bem como, de forma breve, as variáveis do risco e do otimismo.

1.1 RACIONALIDADE E ESCASSEZ COMO ELEMENTOS ESSENCIAIS DA ESCOLHA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ABORDAGEM NEOCLÁSSICA DA ECONOMIA

As interações humanas e a própria noção de individualidade são pautadas e orientadas, continuamente, por decisões de toda natureza. Desde o momento que acorda, o ser humano está condenado a deliberar todo tipo de situação: que roupa vestir, o que comer no café da manhã, aceitar um novo emprego ou recusá-lo, trocar de veículo, economizar ou fazer uma viagem, casar, ter filhos, alugar ou comprar uma casa, entre outras decisões tomadas no dia a dia. Ou seja, cotidianamente, “o homem tem, diante de si, inafastáveis situações que requerem imediatas e adequadas decisões, indelevelmente, influentes em sua vida e na dos demais indivíduos”¹⁸.

A capacidade de considerar ou de analisar a ocorrência de eventos futuros no processo de tomada de decisão é uma das características da racionalidade humana. No entanto, essa ponderação depende, sobretudo, do meio em que o indivíduo está inserido e da disponibilidade de informações passíveis de sopesamento. Antes de adentrar a abordagem neoclássica da economia, vale ressaltar que raramente o indivíduo se encontrará em uma situação na qual não há um mínimo de incerteza, tampouco estarão ao seu alcance todas as informações necessárias à realização de uma escolha.

Ainda assim, mais cedo ou mais tarde, a decisão haverá de ser tomada. Por essa razão, ilações acerca do tempo futuro são imprescindíveis e fundamentais para a tomada de decisão, de modo a permitir que o sujeito escolha aquelas ações que trarão recompensas, evitando – o máximo possível – a geração de resultados danosos. A importância da realização de projeções culmina na necessidade de o intelecto humano ter uma visão precisa e imparcial do caminho a ser seguido, pautada o máximo possível na exatidão e na determinação dos resultados, considerando o cenário apresentado.

A economia, nesse sentir, é justamente “[...] a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências”¹⁹. A limitação dos recursos

¹⁸ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Juris*, Rio Grande, n. 11, 2005, p. 199. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/595/138>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

¹⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, UCB, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2010,

disponíveis aos seres humanos é um dos fatores que impõem a necessidade de escolhas. Ou seja, a escassez²⁰ como oposto de abundância ou de excesso de demanda é a premissa e o pressuposto básico da própria existência da tomada de decisão – e esta, dando forma a um círculo ininterrupto, é a maneira pela qual o indivíduo enfrenta o fato de que as *coisas* são finitas²¹.

Consoante infere Bruno Meyerhof Salama, “a escassez é o ponto de partida da análise econômica”, pois, “se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem”. A partir do momento em que se aceita a noção de que as *coisas* não são ilimitadas, no sentido próprio de que suas existências são determinadas em termos temporais e quantitativos, torna-se clara a concepção de que “a escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e incorrerem em *tradeoffs*, os quais [...] são, na verdade, ‘sacrifícios’: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo”²².

p. 8. Em complemento, Cento Veljanovski reconhece que a economia “[...] diz respeito às escolhas que os ‘Adãos’ e as ‘Evas’ deste mundo fazem. É estudo sistemático dos fatores que afetam a opção: as vantagens e desvantagens, bem como como elas se equilibram e a maneira como os indivíduos desenvolvem instituições para enfrentar a escassez e controlar o interesse privado” (*A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 40). Para Gary Stanley Becker, “one definition by a well-known economist is that economics is what economists do [...]. A more serious definition is that economics is the study of the allocation of scarce means to satisfy competing ends” (*Economic theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 1971/2007, p.1).

²⁰ Para Herbert Alexander Simon: “La scarsità è un fatto centrale della vita. Poichè le risorse (terra, denaro, combustibile, tempo, attenzione) sono scarse in rapporto agli usi che ne facciamo, è compito della razionalità allocarle. La disciplina dell’economia ha assunto come proprio interesse focale l’esecuzione di quel compito.” (*Causalità, razionalità, organizzazione*. Tradução de Francesco Filippi. Bologna: Il Mulino, 1985, p. 341).

²¹ Colin Harbury, ao escrever sobre significado de *escolha*, assentou que “[...] so long as there is a shortage of goods and services relative to the demand for them, there must inevitably be problems of choice [...]. When people talk about of the existence of the economic problem, they are referring to the way in which an economy, or a person, chooses to allocate scarce resources among all the competing uses to which they may be put”. Em tradução livre: “[...] enquanto houver escassez de bens e serviços em relação à demanda por eles, inevitavelmente haverá problemas de escolha. [...] Quando as pessoas falam sobre a existência do problema econômico, elas estão referindo-se ao modo como um economista, ou uma pessoa, escolhe alocar recursos escassos entre todos os usos concorrentes aos quais eles podem ser colocados” (*An introduction to economic behaviour*. London: Fontana for Collins Sons & Co Ltd., 1971, p. 42).

²² SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*, p. 22.

Sob o viés fático, alguma coisa se torna escassa “[...] quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade [...]”²³, criando-se a necessidade de escolher e – mais do que isso – de regular os usos que lhe serão atribuídos. Todavia, “quando não há alternativas, não há problema de escolha e, portanto, nenhum problema econômico”²⁴.

Dessas lições decorre que a noção de escassez, além de determinável, é subjetiva, haja vista que depende da finalidade ou do uso atribuído à *coisa* – e, como quem efetivamente a utiliza são os indivíduos, para uns essa *coisa* terá grande importância, para outros, nem tanto. Nesse enleio, a depender da situação a que estiver exposta, uma pessoa pode conferir à determinada *coisa* uma utilidade não pensada por outra – ou seja, o uso não está previamente definido ou estipulado pela natureza desse *algo*²⁵.

À vista de uma sequência lógica, a limitação dos recursos gera a necessidade de tomada de decisão, justamente para que se possa enfrentar – em dimensões não apenas econômicas, mas éticas e políticas²⁶ – a escassez das *coisas*. Daí exsurge, como corolário, a necessidade de as escolhas serem adotadas de forma *racional* e de acordo com os próprios interesses dos indivíduos e da coletividade.

A questão da racionalidade, portanto, assumiu e ainda é dotada de extrema importância – para além das imprecisões que ainda permeiam o assunto – no desenvolvimento das teorias econômicas e comportamentais, na medida em que o estabelecimento de suas premissas determina a forma como a decisão será tomada pelos indivíduos.

Em sentido amplo, pode-se definir a racionalidade como a simples faculdade de raciocinar, a partir da qual algo é concebido pela razão. Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, racionalidade se refere “[...] àquilo que parece ser razoável, lógico, ou mesmo tudo o que é de fácil apreensão pela inteligência”. No âmbito econômico, diante da

²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

²⁴ BECKER, Gary S. *Economic theory*, p. 1. No texto original: “When there are no alternatives, there is no problem of choice and, therefore, no economic problem.”.

²⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 28. A título de exemplificação, os sobreditos autores mencionam o caso da “aparição das folhas em notas colantes inventadas pela 3M”, no qual “o produto teve origem em colagem imperfeita, a saber, a cola não aderiu suficientemente às folhas. Alguém teve a genial ideia ao perceber a utilidade de folhas que aderiam, mas poderiam ser retiradas sem danificar o papel”.

²⁶ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, p. 43.

premissa de que todo indivíduo tem suas preferências²⁷, “o pressuposto da racionalidade é que ele tenha total consciência das alternativas disponíveis, bem como expectativas sobre o incerto, mas, mesmo assim, possa escolher [...]”, de forma clara, amparado pelo seu livre-arbítrio²⁸.

À espreita de uma abordagem neoclássica da economia²⁹, o conceito de *racionalidade* está associado às premissas³⁰: (i) de maximização dos ganhos ou dos interesses; (ii) de que as informações relevantes para a tomada de decisão são conhecidas; (iii) de que as preferências³¹ são completas, transitivas e estáveis³²; (iv) de

²⁷ Ressalta Gary Stanley Becker que “the assumption of stable preferences provides a stable foundation for generating predictions about responses to various changes, and prevents the analyst from succumbing to the temptation of simply postulating the required shift in preferences to ‘explain’ all apparent contradictions to his predictions” (*The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976, p. 5).

²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 168.

²⁹ Salienta-se que o desenvolvimento da teoria neoclássica ocorreu no fim do século XIX e início do século XX, especialmente entre os anos 1870 e 1930. Para Eleutério Fernando da Silva Prado, a abordagem neoclássica em sentido amplo “[...] nasceu em diversos países, sob culturas econômicas diferentes, quase ao mesmo tempo – ou seja, na década de 1870. Entre os pioneiros acham-se Hermann Heirich Gossen, na Alemanha; Carl Menger, na Áustria; Léon Walras, na Suíça; Stanley Jevons e Alfred Marshall, na Inglaterra. Todos esses autores centraram sua análise num indivíduo genérico isento de relações sociais, que busca atender ao seu próprio interesse, e que se orienta invariavelmente por suas preferências subjetivas” (A ortodoxia neoclássica. *Estudos Avançados*, 15 (41), 2001, p. 11. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/eav/article/viewFile/9776/11348>>. Acesso em: 4 fev. 2018). Convém salientar, ainda, que segundo Richard D. Wolff e Stephen A. Resnick: “The originality of neoclassical theory lies in its notion that innate human nature determines economic outcomes. According to this notion, human beings naturally possess the inherent rational and productive abilities to produce the maximum wealth possible in a society. What they need and have historically sought is a kind of optimal social organization – a set of particular social institutions – that will free and enable this inner human essence to realize its potential, namely the greatest possible well-being of the greatest number. Neoclassical economic theory defines each individual’s well-being in terms of his or her consumption of goods and services: maximum consumption equals maximum well-being.” (*Contending economic theories: neoclassical, keynesian and marxian*. London: MIT Press, 2012, p. 52).

³⁰ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in eoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em:

<<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

³¹ Para os neoclássicos, consoante inferem Richard D. Wolff e Stephen A. Resnick, “preferences – like other parts of human nature – are understood to be the causes of economic changes, not their effects. Changes in prices or incomes are caused by human

minimização dos custos; e (v) a partir da adoção do individualismo metodológico³³.

A principal hipótese apresentada pelos neoclássicos diz respeito ao pressuposto de que o indivíduo detém as informações necessárias acerca das alternativas de escolha, plenamente “[...] ciente de suas limitações e, devido a estas, está buscando a melhor escolha de meios para atingir os objetivos”³⁴. A racionalidade, portanto, “[...] nada mais é que uma correspondência ótima entre fins e meios”³⁵⁻³⁶. A essa forma de aceção maximizadora da satisfação do indivíduo cunhou-se a denominação de *modelo da escolha racional*, segundo o qual “a

nature; they do not cause or change that nature. When preferences change, it reflects causes not found in the economy but rather, for example, in the realms of biology or culture” (*Contending economic theories: neoclassical, eynesian and marxian*, p. 65).

³² Steven L. Green assevera que o modelo da escolha racional baseia-se nos seguintes axiomas relativos às preferências dos indivíduos: “(1) The consumer faces a known set of alternative choices. (2) For any pair of alternatives (A and B, say), the consumer either prefers A to B, prefers B to A, or is indifferent between A and B. This is the axiom of completeness. (3) These preferences are transitive. That is, if a consumer prefers A to B and B to C, then she necessarily prefers A to C. If she is indifferent between A and B, and indifferent between B and C, then she is necessarily indifferent between A and C. (4) The consumer will choose the most preferred alternative. If the consumer is indifferent between two or more alternatives that are preferred to all others, he or she will choose one of those alternatives -- with the specific choice from among them remaining indeterminate.” (*Rational choice theory: an overview*. Prepared for the Baylor University Faculty Development Seminar on Rational Choice Theory, may 2002, p. 6. Disponível em: <https://business.baylor.edu/steve_green/green1.doc>. Acesso em: 11 fev. 2018).

³³ Pode-se definir o individualismo metodológico, em síntese, como “[...] a tentativa de derivar todo o comportamento econômico a partir da ação de indivíduos em busca da maximização de suas vantagens”. BLAUG, Mark. *Metodologia da economia*, p. 315.

³⁴ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in neoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 4 fev. 2018. No texto original: “The main assumption of the model is an entity making decisions that is perfectly informed about all choice alternatives, is aware of its limitations and due to these limitations is looking for the best possible choice of means to achieve the goals.”.

³⁵ TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Ed. da USP, 1998, p. 33.

³⁶ Sob o ponto de vista social, John Ferejohn e Pasquale Pasquino ressaltam que a racionalidade consubstancia-se em um ato que foi escolhido justamente por estar entre os melhores disponíveis no campo de atuação do indivíduo, a depender de suas “[...] crenças e os seus desejos” (A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução de Eduardo Cesar Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, fevereiro 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4328.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2018).

racionalidade individual é um processo de maximização consciente e cognitivamente intensivo do auto-interesse³⁷.

Consoante esclarecem Robert Cooter e Thomas S. Ulen, a referida abordagem de análise econômica supõe que as pessoas são dotadas de uma racionalidade que as faz agir, constantemente, de acordo com aquilo que maximizaria a sua própria utilidade^{38,39}. De outra banda, segundo Thomas S. Ulen⁴⁰, em verdade, não existiria uma definição amplamente aceita acerca da teoria da escolha racional. No entanto, seria possível a extração ou a verificação de dois sentidos em que o termo escolha é usado: o *informal* e o *formal*.

O sentido informal refere à constatação de que uma escolha poderia ser adjetivada de racional quando deliberativa e consistente, ou seja, a partir do momento em que se verifica que o indivíduo tomador de decisão pensou sobre o que efetivamente fará e consegue apresentar uma justificativa fundamentada para a deliberação realizada. Além disso, ao efetuar outras escolhas ao longo do tempo ou concentrando-se em decisões específicas sobre determinadas situações – como o que comer ou em quais matérias se matriculará na faculdade –, espera-se que o indivíduo seja consistente, ou seja, que as opções tomadas não sejam aleatórias, que não haja trocas inexplicáveis acerca dos objetos de suas escolhas e, ainda, que os meios elegidos sejam razoavelmente adequados e concorram para a consecução de seus objetivos.

Em relação ao sentido formal da teoria da escolha racional, conforme anteriormente mencionado, os indivíduos têm preferências transitivas e procuram maximizar a utilidade que deriva de suas preferências, as quais estariam sujeitas a várias restrições. Todavia,

³⁷ SMITH, Vernon L. Rational choice: the contrast between economics and pPsychology. *The Journal of Political Economy*, v. 99, n. 4, p. 877-897, aug, 1991. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/0495/d32e96325197776c8ee13d10d0efc1fae753.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2018, p. 878. No texto original: “individual rationality is a cognitively intensive, calculating process of maximization in the self-interest”.

³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. IX.

³⁹ Orlando Celso da Silva Neto assenta que, “no seu sentido tradicional, a utilidade é definida como prazer, satisfação ou felicidade, e a utilidade de determinado bem ou direito é a satisfação, prazer ou felicidade derivados do uso ou da disposição do determinado bem ou direito” (É possível a análise econômica do direito do consumidor? *Anais... Encontro Nacional do CONPEDI*, Aracaju, 2015, p. 379. Disponível: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018)

⁴⁰ ULEN, Thomas S. Rational choice theory in law and economics. *Encyclopedia of Law & Economics*, Cheltenham, UK, 0710, p. 790-818, 1999. Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 791-793.

deve-se ressaltar que “a maioria dos economistas acha que esse sentido mais formal da escolha racional é tão óbvio que eles nunca duvidam e ficam intrigados com aqueles que fazem”⁴¹.

Dissertando sobre o tema, Richard D. Wolff e Stephen A. Resnick asseveram que o ser humano, sob as vestes da abordagem em comento, é uma máquina de escolha, pois “a racionalidade é o impulso para aproveitar ao máximo nossas oportunidades. Cada pessoa, independentemente da circunstância, é considerada racionalmente motivada”. A racionalidade seria, simplesmente, “[...] um componente básico da natureza humana”⁴².

Gary Stanley Becker, acerca do aspecto valorativo, salienta que a abordagem econômica não faz distinções conceituais ou substanciais entre decisões mais ou menos importantes, “[...] como as que envolvem a vida e a morte, em contraste com a escolha de um grão de café; ou entre as decisões que dizem envolver emoções fortes e aqueles com pouco envolvimento emocional”⁴³. Em outros termos, ao buscar entender as razões subjacentes às escolhas das pessoas, os juízos de valor devem passar ao largo da análise econômica – o importante é buscar compreender a decisão em si entre as opções possíveis, sejam elas consideradas certas ou erradas, boas ou ruins, necessárias ou não.

O modelo da escolha racional, assumindo a sobredita premissa, pressupõe que as pessoas escolherão, sempre, a opção que lhes traga mais bem-estar, que satisfaça as suas pretensões da melhor maneira. A intenção dessa forma de abordagem é possibilitar ou, melhor, permitir a generalização do comportamento humano, na medida em que, pressupondo que o indivíduo sempre escolherá, entre as opções disponíveis, aquela que lhe ofereça a maior satisfação, torna-se viável o

⁴¹ ULEN, Thomas S. Rational choice theory in law and economics. *Encyclopedia of Law & Economics*, Cheltenham, UK, 0710, p. 790-818, 1999. Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018, p. 792, tradução livre. No texto original: “most economists find this more formal sense of rational choice to be so obvious that they never doubt it and puzzled by those who do.”

⁴² WOLFF, Richard D.; RESNICK, Stephen A. *Contending economic theories: neoclassical, keynesian and marxian*, p. 65, tradução livre. No texto original: “rationality is the drive to take maximum advantage of our opportunities. Each person, regardless of circumstance, is assumed to be rationally motivated. [...] a basic component of human nature.”

⁴³ BECKER, Gary Stanley. *The economic approach to human behavior*, p. 7, tradução livre. No texto original: “[...] such as those involving life and death, in contrast to the choice of a brand of coffee; or between decisions said to involve strong emotions and those with little emotional involvement”.

estabelecimento de uma linha de conduta previsível para todos os seres humanos⁴⁴.

O objetivo, portanto, da pressuposição da referida forma de racionalidade não é descrever a decisão tomada, mas sim tornar possível a sua previsão⁴⁵. A partir dela “diversos teoremas” foram desenvolvidos, como “(1) um aumento no preço reduz a quantidade demandada; (2) um aumento no preço aumenta a quantidade fornecida; (3) os mercados competitivos satisfazem as preferências dos consumidores de forma mais eficaz do que os mercados monopolistas; (4) um imposto sobre a produção de um mercado reduz esse resultado”⁴⁶.

A título de exemplo, Cento Veljanovski cita a seguinte hipótese: “[...] quando o preço de certa marca de automóvel se eleva relativamente a outras marcas, menos carros da marca cujo preço aumentou serão comprados”⁴⁷⁻⁴⁸. Por conseguinte, o pressuposto da racionalidade é usado “[...] não como uma descrição do comportamento humano, e sim como uma maneira de identificar o componente previsível da reação do indivíduo médio que compõe um grupo”⁴⁹. Significa dizer, por corolário, que “[...] a noção de maximização racional é instrumental” na medida em que “[...] serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana”⁵⁰.

Diante dessas afirmações, pode-se inferir que os pressupostos do modelo da escolha racional ou do paradigma da economia neoclássica concentram-se nos seguintes aspectos: (i) o indivíduo, ao realizar uma escolha, buscará maximizar os próprios interesses; (ii) a existência de restrições oriundas da escassez leva à necessidade de o indivíduo tomar

⁴⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 31.

⁴⁵ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in eoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

⁴⁶ BECKER, Gary Stanley. *The economic approach to human behavior*, p. 5-6, tradução livre. No texto original: “(1) a rise in price reduces quantity demanded [...]; (2) a rise in price increases the quantity supplied [...]; (3) competitive markets satisfy consumer preferences more effectively than monopolistic markets; [...] (4) a tax on the output of a market reduces that output [...]”.

⁴⁷ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, p. 47.

⁴⁸ De forma genérica, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau explicitam que “[...] se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (lei da demanda)” (*Análise econômica do direito*, p. 31).

⁴⁹ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, p. 47.

⁵⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*, p. 24.

decisões; (iii) escolher a sua alternativa preferida, resguardados os aspectos de completude, transitividade e estabilidade; e (iv) o indivíduo tende a otimizar a utilidade da sua escolha, que decorre da opção pela sua alternativa preferida.

A despeito de o modelo da escolha racional ter propiciado o desenvolvimento de diversas teorias econômicas (do consumidor, da firma, do equilíbrio geral e da produtividade marginal, por exemplo), as quais refogem ao escopo do presente trabalho, a suposição de que o ser humano seria detentor de uma racionalidade sempre maximizadora de seus ganhos não passou despercebida às críticas de que tal abordagem não seria realista.

Em face dos estudos relativos à economia comportamental, diversos desvios sistemáticos das previsões do modelo da escolha racional foram desvendados e aprimorados – desvios estes que, em verdade, nos termos já afirmados por Herbert Simon⁵¹, eram implícitos àquela forma de abordagem. A propósito, as teorias subsequentes ao paradigma neoclássico serão abordadas com a devida profundidade nos próximos capítulos e sob uma perspectiva evolucionária e não contraposta. Antes, porém, faz-se necessário analisar a litigância sob o enfoque do modelo da escolha racional, tendo em vista o seu caráter instrumental e ideal.

1.2 PREMISSAS DECORRENTES DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL NECESSÁRIAS À ANÁLISE DA DECISÃO DE LITIGAR OU DE CELEBRAR ACORDO

Considerando que a principal característica da abordagem neoclássica cinge-se à premissa de que as pessoas buscam sempre o melhor para si e de acordo com seus próprios interesses (maximização dos ganhos e minimização dos custos), com o objetivo de determinar um padrão de comportamento dos indivíduos, é possível averiguar *como* ocorreria a decisão de se propor, ou não, uma ação judicial *versus* a celebração de um acordo, a partir dos pressupostos do modelo da escolha racional.

Para tanto, deve-se rememorar que a abordagem neoclássica pressupõe que os indivíduos são detentores de informações necessárias à

⁵¹ HERBERT; Simon Alexander. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955. Disponível em: <<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017, p. 99.

tomada de uma decisão de forma perfeita e completa, o que, bem se sabe, na realidade cotidiana, que leva a resolução dos conflitos ao Poder Judiciário, raramente ocorre. As limitações cognitivas e suas consequências na tomada de decisão, como mencionado antes, serão abordadas nos próximos capítulos.

Além disso, é necessário esclarecer que se partirá da premissa da onerosidade, no sentido de demonstrar que há custos a serem sopesados pelas partes na hipótese de ajuizamento de uma ação judicial ou da realização de um acordo. Afasta-se, assim, de início, a opção de acesso gratuito ao Poder Judiciário⁵², a qual será examinada em momento posterior, com o devido aprofundamento e cautela.

A análise relativa ao modelo da escolha racional, portanto, resume-se à ponderação de custos e de benefícios⁵³ oriundos da decisão de se propor, ou não, uma ação judicial. Essa avaliação, vale registrar, não levará em conta eventuais custos ou impactos sociais⁵⁴ decorrentes

⁵² Como se verá adiante, a concessão do benefício da justiça gratuita, em que pese a necessidade de se ressaltar, desde logo, que não se defende no presente trabalho a exclusão da referida benesse, faz com que o agente tomador de decisão tenha maiores propensões a propor uma ação judicial, justamente por saber que não terá custos a sopesar ou “algo a perder”.

⁵³ “*A análise de custo-benefício* procura medir em termos monetários tanto custos como benefícios. São tentativas de avaliar a *efetividade dos custos* no atendimento dos objetivos preestabelecidos da maneira mais barata possível: obter mais por menos! [...] Os benefícios econômicos são medidos pela ‘disposição de pagar’ dos indivíduos. [...] A medida da disposição de pagar procura chegar a uma indicação quantitativa de uma *intensidade* individual de preferências [Grifos do autor].” VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, p. 55-56. Em consonância, Miguel Carlos Teixeira Patrício afirma que “[...] o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão” (*Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14). Salientam Robert D. Cooter e Daniel L. Rubinfeld que “a rationally self-interested person makes this decision by solving a sequential game that balances immediate costs (hiring a lawyer, filing the claim) against benefits expected in the future (the proceeds from settlement or victory at trial).” (Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, setembro 1989, p. 1067 a 1097. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 1069).

⁵⁴ Acerca dos custos sociais, Richard Allen Posner ressalta que, “even when de legal process works flawlessly, it involves costs – the time of lawyers, litigants, witness, jurors, judges, and other people, plus paper and ink, law office and court house maintenance, telephone service, etc.” (An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 399-458. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 401).

da escolha feita pelo potencial litigante, o qual, para o paradigma neoclássico, é centralizador de seus interesses e maximizador de suas próprias utilidades⁵⁵.

Nesse diapasão, destaca-se que a decisão a ser tomada pelo potencial litigante perpassa a análise de duas variáveis: (i) os custos *lato sensu* de ajuizamento, que abrangem a contratação de advogado⁵⁶, as taxas e as custas judiciais iniciais; e (ii) os benefícios esperados com a possibilidade de julgamento procedente dos pedidos contidos na ação judicial, os quais devem levar em conta a probabilidade de sucesso da demanda. O potencial litigante, portanto, ao decidir entre propor ou não a respectiva ação judicial, buscará potencializar seus ganhos monetários e minimizar a perda de seus recursos⁵⁷, entre eles o tempo decorrido até a efetiva obtenção do resultado.

Para Steven Shavell⁵⁸, até o momento em que a parte decide ajuizar uma ação judicial, três estágios⁵⁹ devem ser considerados: o

⁵⁵ Alan Mitchell Polinsky e Steven Shavell salientam que “when a plaintiff contemplates bringing suit, he bears only his own costs; he does not take into account the defendant’s costs or the state’s costs that his suit will engender”. (Economic Analysis of Law. *Discussion Paper n. 536*, Harvard Law School, novembro 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 12 fev. 2018).

⁵⁶ É importante ressaltar que a possibilidade de pagamento dos honorários, vinculado apenas ao sucesso da demanda, isto é, quando não há a cobrança imediata pelos serviços advocatícios, pode alterar a decisão imediata de se propor, ou não, a ação judicial, na medida em que serão detraídas dos custos iniciais as despesas com o procurador *ad judicium*. Além disso, faz-se necessário esclarecer que também poderão ser detraídas dos custos totais iniciais as despesas com o advogado quando o potencial litigante puder e optar por postular diretamente em juízo, como nos casos dos juizados especiais cíveis em causas com valor máximo de até 20 (vinte) salários mínimos, consoante previsão contida no artigo 9º da Lei n. 9.099/1995: “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”.

⁵⁷ Para George L. Priest e Benjamin Klein “[...] the determinants of settlement and litigation are solely economic, including the expected costs to parties of favorable or adverse decisions, the information that parties possess about the likelihood of success at trial, and the costs of litigation and settlement” (The selection of disputes for litigation. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. XIII, jan. 1984, p. 4. Disponível em: <<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R3032.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018).

⁵⁸ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1946/2004, p. 389.

⁵⁹ Para Robert D. Cooter e Daniel L. Rubinfeld a cronologia de uma disputa judicial ocorreria da seguinte forma: [...] in the first stage, there is an underlying event, such as an accident or crime, in which one person (the injurer) allegedly harms another (the victim). [...] In the second stage of a dispute the party that allegedly suffered harm decides whether or not to assert a legal claim. [...] The third stage occurs after a legal claim is asserted, but before trial. [...] The third stage of the litigation process can be

primeiro refere-se ao fato de que a parte que sofreu uma perda deve escolher se deseja propor uma ação judicial; o segundo diz respeito à possibilidade de as partes firmarem, ou não, um acordo, no qual o potencial litigante concordaria em não ajuizar a demanda, condicionado à obtenção do pagamento acordado; o terceiro estágio, por fim, resume-se à efetiva propositura da ação judicial, que ocorreria na hipótese de o acordo não ser atingido.

Acerca da possibilidade de realização de um acordo entre as partes, consoante salienta Richard Allen Posner, o potencial litigante apenas aceitaria a sua celebração na hipótese de a sua oferta mínima ser menor do que a proposta máxima apresentada pelo eventual demandado⁶⁰. É dizer, em uma análise inversa, que a condição necessária à propositura da ação judicial seria que a oferta mínima do potencial litigante fosse maior que a proposta máxima para acordo do eventual demandado.

Além desses fatores, Steven Shavell acrescenta, como condição de incentivo ao ajuizamento da ação, a ponderação entre os custos totais relativos ao processo judicial e os benefícios esperados com o julgamento favorável. Nesse vértice, quanto menor o custo para litigar, quanto maior a probabilidade de julgamento procedente e quanto maior o ganho esperado, a perspectiva de o potencial litigante propor a ação judicial aumenta proporcionalmente⁶¹.

Os fatores capazes de influenciar tanto a celebração de acordos quanto a propositura de ações judiciais podem ser de caráter mediato ou indireto e de caráter imediato ou direto. O caráter mediato diz respeito ao benefício ou ganho esperado com a possibilidade de o indivíduo (demandante) levar a resolução do caso à apreciação do Poder Judiciário

viewed, then, as a bargaining game whose cooperative solution corresponds to a settlement out of court, and whose noncooperative solution corresponds to an adversarial trial” (Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, p. 1067-1097, setembro 1989. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 1069).

⁶⁰ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 417-418. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018. O referido autor salienta que essa não é a única condição por que as partes, eventualmente, não celebram um acordo, pois: “the parties may find it impossible to agree upon a mutually satisfactory settlement price. But we shall assume that settlement negotiations are rarely unsuccessful for this reason and therefore that litigation occurs only when the plaintiff’s minimum offer is greater than the defendant’s maximum offer”.

⁶¹ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 390.

bem como à própria probabilidade de o julgamento lhe ser favorável. O caráter imediato se refere aos custos totais necessários ao ajuizamento da ação – que englobam honorários advocatícios, taxas, despesas e custas iniciais – e às propostas mínimas e máximas apresentadas pelas partes na hipótese de realização de acordo.

Richard Allen Posner, no que tange à hipótese de celebração de acordo, salienta que a oferta mínima do potencial litigante será o valor esperado do litígio, caso ele fosse propor a ação judicial, somados os custos do próprio acordo. O valor esperado do litígio, por sua vez, refere-se ao ganho com o julgamento favorável da ação judicial menos o valor presente de suas despesas judiciais, que, como mencionado, incluem honorários advocatícios, custas e taxas iniciais e demais despesas vinculadas ao processo⁶². E, como inferido por Alan Mitchell Polinsky e Steven Shavell, os benefícios esperados com a propositura de uma ação judicial incorporam os acordos potenciais ou os resultados do julgamento e, além disso, a certeza de que o demandante obterá, no mínimo, um provimento jurisdicional igual ao prejuízo sofrido⁶³.

Em relação à oferta máxima apresentada pelo eventual demandado, dando seguimento à linha de Richard Allen Posner, constata-se que esta será o custo esperado com o litígio, ao qual estão incorporadas as despesas relativas ao processo e o custo de um julgamento adverso, multiplicado pela probabilidade de o potencial litigante ganhar a disputa, menos os custos referentes à possibilidade de acordo⁶⁴.

É imperioso ressaltar que toda circunstância capaz de reduzir a oferta mínima do potencial litigante ou de aumentar a oferta máxima do eventual demandado terá o condão de reduzir, em um primeiro momento, a probabilidade de litígio⁶⁵. Isso porque o espaço existente

⁶² POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 418. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶³ POLINSKY, Alan Mitchell; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. *Discussion Paper n. 536*, Harvard Law School, novembro de 2005, p. 21. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶⁴ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 418. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶⁵ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 418.

entre as ofertas de ambas as partes aumentará, de modo a gerar uma ampliação no campo de negociação e, por consequência, na probabilidade de celebração de um acordo.

De igual forma, tudo o que provoca o aumento da oferta mínima do potencial litigante para a realização de um acordo ou a diminuição da oferta máxima do eventual demandado gerará uma maior restrição do campo de negociação, razão por que haverá uma maior probabilidade de ajuizamento da demanda⁶⁶. A título de exemplo, o fato de o potencial litigante acreditar que existe uma maior probabilidade de ganhar a totalidade do prejuízo sofrido caso proponha a ação judicial fará com que ele apresente uma oferta mínima para a realização do acordo maior do que efetivamente deveria – diminuindo o campo de negociação entre as partes.

Depois de estabelecidos os referidos pressupostos e condições para a realização da escolha relativa à litigância, verifica-se, agora, a necessidade de demonstrar pragmaticamente as decorrências das possíveis decisões relativas à propositura de uma ação judicial ou à celebração de um acordo, com ênfase nas variáveis capazes de modificar a opção do potencial litigante, em especial as atinentes (i) à probabilidade de julgamento procedente dos pedidos contidos na demanda, (ii) ao ganho e prejuízo esperados com a sua propositura e (iii) a custas e despesas processuais e contratuais.

1.3 ANÁLISE PRÁTICA IDEAL DA ESCOLHA ENTRE PROPOR AÇÃO JUDICIAL OU CELEBRAR ACORDO E SUAS VARIÁVEIS: DIMENSIONAMENTO DA PROBABILIDADE DE ÊXITO DA DEMANDA, BENEFÍCIO OU PREJUÍZO ESPERADO, CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS E CONTRATUAIS

Em um modelo simples, partindo-se do pressuposto de que tanto o potencial litigante quanto o eventual demandado já formaram suas opiniões ou crenças acerca do resultado futuro do julgamento e de que são eles neutros ao risco, pode-se citar o seguinte exemplo relativo à probabilidade de celebração de um acordo: a oferta mínima do potencial

Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶⁶ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 418. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

litigante é igual ao valor esperado com o julgamento favorável, menos os custos totais iniciais (honorários, taxas e custas judiciais). Supondo-se que o potencial litigante acredita que obterá um julgamento favorável na probabilidade de 70%, do qual resultará um benefício de R\$100.000,00 (cem mil reais), mas considerando que as custas totais envolvidas com o processo geraram o montante de R\$20.000,00 (vinte mil reais), a sua oferta mínima para a celebração de um acordo será de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), resultado da seguinte operação: $[(70\% \times 100.000,00) - 20.000,00]$.

Na hipótese de o eventual demandado oferecer ao potencial litigante valor inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), este preferirá propor a ação judicial a celebrar acordo, pois, sendo um sujeito maximizador de seus interesses, prevalecerá a escolha que lhe traga os maiores benefícios possíveis. Por sua vez, no que se refere à oferta máxima do eventual demandado, tendo em vista ele acreditar, no presente exemplo, que as chances de o potencial litigante ganhar R\$100.000,00 (cem mil reais) são de, apenas, 50% e que as suas despesas com o julgamento importarão em R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a sua oferta máxima será de R\$75.000,00 (setenta e cinco mil) – $[(50\% \times 100.000,00) + 25.000,00]$ –, que corresponde à perda esperada com o julgamento desfavorável multiplicada pela probabilidade de êxito do potencial litigante mais as despesas totais com o processo.

No caso em análise, considerando-se que a oferta mínima do potencial litigante é de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e que a oferta máxima do eventual demandado é de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), não há dúvidas de que a celebração de um acordo mutuamente benéfico entre as partes é possível. Nesse contexto, qualquer quantia apresentada pelos envolvidos entre o mínimo e o máximo de cada um será preferível à propositura da ação judicial⁶⁷, conforme demonstrado no Quadro 1.

⁶⁷ Convém ressaltar que, ainda que exista entre as partes um campo de negociação razoável para a celebração de um acordo, este poderá ou não ocorrer, “[...] depending on the nature of bargaining between the parties and the information they have about each other”. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 404.

Quadro 1 - Hipótese de celebração de acordo

Variáveis e sujeitos	Probabilidade de êxito	Benefício esperado/Perda esperada	Despesas totais	Oferta mínima/Oferta máxima
Potencial autor	70%	R\$100.000,00	R\$20.000,00	R\$50.000,00
Eventual demandado	50%	R\$100.000,00	R\$25.000,00	R\$75.000,00
Resultado possível	A celebração de acordo revela-se viável.			

Fonte: Elaborado pela autora (2018)

Todavia, supondo-se que o eventual demandado acredita que o potencial litigante tem apenas 20% de chance de obter um julgamento favorável, a sua oferta máxima passará de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) para R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) [(20% x 100.000,00) + 25.000,00]. Destarte, considerando-se que a oferta máxima do potencial demandado resultará em valor inferior ao mínimo apresentado pelo potencial litigante, é provável que a celebração de acordo não ocorra e que, por consequência, a demanda seja ajuizada, conforme demonstrado no Quadro 2.

Quadro 2 - Hipótese de propositura de ação judicial

Variáveis e sujeitos	Probabilidade de êxito	Benefício esperado/Perda esperada	Despesas totais	Oferta mínima/Oferta máxima
Potencial autor	70%	R\$100.000,00	R\$20.000,00	R\$50.000,00
Eventual demandado	20%	R\$100.000,00	R\$25.000,00	R\$45.000,00
Resultado possível	A celebração de acordo revela-se improvável.			

Fonte: Elaborado pela autora (2018)

Há a possibilidade, ainda, de ambas as partes acreditarem na mesma probabilidade acerca do resultado do julgamento. Nessa

hipótese, a realização de um acordo será sempre possível: supondo-se que tanto o potencial litigante quanto o eventual demandado acreditam que as chances de um resultado favorável àquele são de 60% para a obtenção de um ganho de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e que as custas totais e as despesas com o processo são de, respectivamente, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), feitos os devidos cálculos, então a oferta mínima do potencial litigante será de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – $[(60\% \times 100.000,00) - 10.000,00]$ – e a oferta máxima do eventual demandado será de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) – $[(60\% \times 100.000,00) + 15.000,00]$ ⁶⁸.

Por conseguinte, apenas quando as partes determinam probabilidades de julgamentos distintos é que pode ocorrer de a oferta mínima do potencial litigante ficar além da oferta máxima do eventual demandado ou de esta ficar aquém daquela, derruindo a possibilidade de realização de um acordo. Em verdade, a variável sob análise – estimativa acerca do resultado do julgamento na hipótese de o potencial litigante propor ação judicial – revela a importância da existência de um sistema coeso e previsível em relação às decisões a serem proferidas pelos juízes.

Richard Allen Posner, dissertando sobre esse aspecto, assevera que “um sistema legal sem regras seria um sistema sem precedentes”, no sentido de que “a ausência de diretrizes claras quanto à responsabilidade legal tornará difícil a previsão do resultado de um caso”, fator que “[...] provavelmente gerará um maior número de reivindicações, e cada reivindicação será dispendiosa”⁶⁹. Não se pode deixar de mencionar que essa constatação denota, sobremaneira, a importância do atual sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015⁷⁰,

⁶⁸ Salienta-se que o exemplo ora mencionado foi retirado e adaptado do modelo criado por Stenvén Shavell (*Foundations of economic analysis of law*, p. 401-402).

⁶⁹ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 449-450. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 14 fev. 2018, tradução livre. No texto original: “A legal system without rules would be a system without precedents”. “The absence of clear guidelines as to legal liability will make prediction of the outcome of a case difficult [...] the uncertain law will probably generate a greater number of claims, and every legal claim is costly to dispose of.”.

⁷⁰ Com o objetivo de promover o que seria denominado por alguns autores de “sistema de precedentes”, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe no bojo do seu artigo 926 a prescrição de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Almejando justamente enfrentar a fragmentação, a instabilidade e a imprevisibilidade das decisões judiciais, que assoma ao Judiciário brasileiro e àqueles que dele dependem ou necessitam de seus serviços, o dispositivo subsequente do Código

a partir do qual poderá advir uma previsibilidade acerca das resoluções jurisdicionais de determinadas demandas, possibilitando às partes uma efetiva mensuração de suas chances de sucesso na hipótese de ajuizamento da ação⁷¹.

Portanto, uma das variáveis capazes de influenciar a celebração de acordos consubstancia-se na estimativa que as partes fazem acerca da (im)procedência da ação judicial e da quantificação do possível benefício/pagamento dela advindo na hipótese de o potencial litigante efetivamente propô-la. Especificamente sobre esse ponto, Steven Shavell ressalta que “quanto maior o montante pelo qual a estimativa do demandante acerca da probabilidade de ganhar exceda a do réu, menor a tendência para o acordo, pois é o excesso da expectativa de julgamento do demandante sobre a expectativa de pagamento do réu que leva ao julgamento”⁷².

Aliás, faz-se necessário ressaltar que não é propriamente o excesso de confiança do potencial litigante, no sentido de que sairá vencedor da demanda judicial, que leva à impossibilidade de se estabelecer o acordo, mas sim o fato de acreditar mais em seu sucesso do que o eventual demandado pensa que lhe é de direito. Até mesmo porque, caso o eventual demandado concorde que o potencial litigante tem o direito de exigir a quantia requerida para evitar a propositura da ação judicial e todas as despesas dela decorrentes, a tendência é de que ele aceite pagar o montante exigido⁷³.

de Processo Civil (artigo 927) anseia esclarecer quais decisões, súmulas e orientações os juízes e tribunais deverão obedecer e, por corolário, aplicar aos seus casos concretos. Sem adentrar as especificidades de cada inciso e parágrafo dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, pois isso extrapolaria o objetivo do presente trabalho, é premente manter como pressuposto a finalidade precípua e majoritária dos aludidos dispositivos: a declaração de uma verticalidade decisória e o respeito a uma hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, a partir da vinculação das decisões proferidas nas instâncias ordinárias aos precedentes consolidados no âmbito dos Tribunais Superiores.

⁷¹ Para Thomas J. Miceli, “[...] binding precedent plays no role in enhancing the efficiency of the law, but it can play a potentially important role in limiting the ability of biased judges to drive the law in an inefficient direction”. (Legal change: selective litigation, judicial bias and precedent. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 38, n. 1, p. 157-168, jan. 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/587439?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 4 mar. 2018, p. 167).

⁷² SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 404, tradução livre. No texto original: “the greater the amount by which the plaintiff’s estimate of the likelihood of winning exceeds the defendant’s, the smaller the tendency toward settlement, because it is the excess of plaintiff’s expected judgment over the defendant’s expected payment that leads to trial”.

⁷³ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 404.

No que tange, por conseguinte, à variável relativa à estimativa do resultado do julgamento na hipótese de o potencial litigante propor a ação judicial, avaliação que inclui a procedência ou não dos pedidos e a quantificação do benefício/pagamento que dela advirá, segundo infere William M. Landes, haverá maior probabilidade de as partes celebrarem um acordo quando os seguintes fatores estiverem presentes: (i) “ambas as partes têm expectativas semelhantes sobre a probabilidade de o réu ser considerado responsável em um julgamento”; e (ii) “ambas as partes têm estimativas similares dos danos, dado que o réu é considerado responsável em um julgamento”⁷⁴.

Questão de grande relevância alude às despesas relativas ao ajuizamento da ação, que podem englobar honorários advocatícios, custas iniciais, taxas e outras expensas vinculadas ao processo, de responsabilidade do potencial litigante, e às despesas referentes a encargos que deverão ser suportados pelo eventual demandado. Tanto quanto a determinação da estimativa de sucesso do julgamento por cada uma das partes, os custos *lato sensu* e as despesas em geral oriundas do processo podem fazer com que as ofertas mínima e máxima – apresentadas, respectivamente, pelo potencial litigante e pelo eventual demandado – sejam modificadas, influenciando a opção pela celebração do acordo.

Nesse diapasão, verifica-se que a relação entre as custas totais e as despesas processuais, com a possibilidade de celebração de um acordo pelas partes, é direta. Quanto mais alto for o valor das custas e das despesas processuais, maiores serão as chances de um acordo ser efetivado entre o potencial litigante e o eventual demandado⁷⁵. Isso porque, com custas ou despesas maiores, mantidas as demais variáveis, a oferta mínima do potencial litigante será menor e a oferta máxima do eventual demandado será maior, gerando um aumento no campo de negociação entre as partes.

No exemplo apresentado linhas atrás, as custas totais para o potencial litigante foram fixadas no patamar de R\$20.000,00 (vinte mil reais) e as despesas para o eventual demandado em R\$25.000,00 (vinte e

⁷⁴ LANDES, William M. An economic analysis of the Courts. In: BECKER, Gary S.; _____ (Ed.). *Essays in the economics of crime and punishment*, New York: Columbia University, p. 164-214, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018, p. 208, tradução livre. No texto original: “both parties have similar expectations on the probability that the defendant will be found liable in a trial [...] both parties have similar estimates of the damages, given that the defendant is found liable in a trial”.

⁷⁵ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 404.

cinco mil reais), o que gerou, respectivamente, considerando as demais variáveis, oferta mínima de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e oferta máxima de R\$75.000,00 (setenta e cinco mil reais). Agora, aumentando-se as custas totais e as despesas processuais para, nesta ordem, R\$30.000,00 (trinta mil reais) e R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), mantidas as outras variáveis, as ofertas mínima e máxima passarão a ser de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) e de R\$85.000,00 (oitenta e cinco mil reais). No caso, percebe-se que o campo de negociação entre as partes ficou maior na segunda hipótese, evidenciando que quanto maior for o valor das custas totais e das despesas processuais, maior será a probabilidade de as partes celebrarem um acordo e evitarem o litígio, conforme demonstrado no Quadro 3, a seguir.

Quadro 3 - Hipótese de aumento no campo de negociação

Variáveis e sujeitos	Probabilidade de êxito	Benefício esperado/Perda esperada	Despesas totais	Oferta mínima/Oferta máxima
Potencial autor	70%	R\$100.000,00	R\$30.000,00	R\$50.000,00
Eventual demandado	20%	R\$100.000,00	R\$35.000,00	R\$85.000,00
Resultado possível	A celebração de acordo revela-se viável.			

Fonte: Elaborado pela autora (2018)

Em continuidade, quando os custos totais relativos à propositura de uma ação judicial ultrapassarem o valor, o ganho ou o benefício esperado com eventual julgamento favorável, ou, ainda, as despesas de um possível acordo, o potencial litigante, por óbvio, decidirá não ajuizar a demanda, pois se assim proceder, estará agindo em prejuízo próprio. Ou seja, considerando-se que o potencial litigante é um sujeito maximizador de seus interesses, sob o enfoque do modelo da escolha racional, não faria sentido tomar uma decisão que o levasse a propor uma ação judicial que não lhe auferisse benefício algum.

Dessa forma, premente é a conclusão de William M. Landes com sua afirmação de que existe maior probabilidade de realização de acordo quando “os custos do julgamento, incluindo honorários de advogado,

custos de tempo do demandante e do réu, honorários judiciais etc., excedem os custos de um acordo”⁷⁶.

Portanto, em relação à variável das custas totais relativas ao ajuizamento da demanda, para que a expectativa de um acordo seja maior, duas situações revelam-se favoráveis: (i) o montante das custas *lato sensu* para a propositura da ação judicial deve aproximar-se do valor esperado (benefício) com um eventual julgamento favorável da demanda; e (ii) o valor das despesas totais para a propositura da ação judicial deve ser superior ao das expensas decorrentes da possibilidade de celebração de acordo.

A título de exemplificação, supondo-se que o prejuízo sofrido pelo potencial litigante seja de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e que a probabilidade de procedência do pedido contido em eventual ação judicial é de 20%, o que resulta em um valor esperado de R\$1.000,00 (mil reais), caso o potencial litigante tenha que despende com a contratação de advogado, taxas e custas iniciais importância superior ao benefício ambicionado (R\$1.000,00), as expectativas de que ele efetivamente ajuizará a demanda tornam-se praticamente nulas; ao revés, maior será a probabilidade de celebração de um acordo.

O eventual demandado, por sua vez, pode optar entre responder à ação judicial em caso de sua efetiva propositura pelo potencial litigante, apresentando contestação ao(s) pedido(s) do autor, ou escolher não se contrapor à indenização pleiteada, ocasião em que deverá arcar com o pagamento ou benefício esperado por aquele. Para tanto, assim como o potencial litigante busca maximizar os seus ganhos, ao decidir se contesta ou não o(s) pedido(s) do autor, o eventual demandado, agora réu, procurará minimizar ou mitigar o “[...] custo esperado de sua responsabilidade jurídica”⁷⁷.

A opção por contestar a ação judicial proposta tenderá a prevalecer na hipótese de as despesas dela decorrentes – incluindo os encargos advocatícios, o valor esperado do pagamento a ser realizado ao autor e as custas judiciais – serem menores que o pedido ou o benefício pleiteado na inicial. Como exemplo, pode-se formular o seguinte modelo: supondo-se que o montante requerido pelo autor seja de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e para o réu a probabilidade de julgamento

⁷⁶ LANDES, William M. An economic analysis of the Courts. In: BECKER, Gary S.; _____ (Ed.). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, p. 208. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018, tradução livre. No texto original: “the costs of trial including lawyer’s fees, time costs of the plaintiff and defendant, court fees, etc., exceed the costs of a settlement”.

⁷⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 410.

precedente seja de 50%, e que as custas totais possíveis em caso de derrota sejam de R\$2.000,00 (dois mil reais); o valor esperado para contestar a ação seria de R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), correspondente ao valor total que o réu terá de arcar em caso de julgamento favorável ao autor, vezes a probabilidade de êxito deste. Nessa hipótese, como o valor esperado pelo réu é menor que a indenização perquirida pelo autor, aquele tende a optar por contestar o pedido formulado na ação judicial.

Em vista das possibilidades estabelecidas pela variável das custas e das despesas processuais, em especial a sua relação direta com a probabilidade de celebração de acordo entre as partes, faz-se necessário analisar as consequências oriundas da adoção das regras norte-americana e inglesa de alocação de custas. Posteriormente, de forma breve, pois isto será objeto de exame específico no quarto capítulo, abordar-se-á a questão do risco e do otimismo no processo decisório relativo à litigância.

1.3.1 A inserção das regras norte-americana e inglesa de alocação de custas e despesas processuais e suas consequências em relação à decisão de litigar ou de celebrar acordo

Os raciocínios apresentados até o momento versaram sobre a variável custas e despesas processuais sob a ótica da regra norte-americana, segundo a qual “[...] cada parte do litígio geralmente paga suas próprias taxas de advogado (talvez implicitamente por um acordo de honorários contingentes)”⁷⁸ ou, em termos gerais, “[...] a de que cada uma das partes assumia os seus custos com a litigância”⁷⁹. Todavia, nem todos os sistemas jurisdicionais adotam a referida regra, pois, assim como ocorre no Brasil⁸⁰, há a possibilidade de “[...] o perdedor em um julgamento suportar os custos legais do vencedor”⁸¹.

⁷⁸ HAUSE, John C. Indemnity, settlement and litigation, or I'll be suing you. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 18, n. 1, p. 157-179, jan. 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3085646?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 18 fev. 2018, p. 157, tradução livre. No texto original: “[...] each party to the litigation usually pays its own attorney fees (perhaps implicitly by a contingent fee arrangement)”.

⁷⁹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*, p. 85.

⁸⁰ Consoante dispõe o artigo 82, parágrafos 1º e 2º, do Código de Processo Civil: “Art. 82. Salvo disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. §1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público,

Essa sistemática de alocação de custas e despesas processuais é conhecida como regra inglesa, cujas variantes são denominadas: unilateral, “[...] quando se aplique apenas em favor do queixoso [...]”, ou bilateral, “[...] quando admita a possibilidade de o queixoso perder e, por esse motivo, pagar os custos processuais do presumido infractor”⁸².

A questão fundamental relativa às regras norte-americana e inglesa cinge-se à provocação de eventual mudança na decisão do potencial litigante quanto à propositura da ação judicial, a depender da forma de alocação de custas adotada.

Em termos gerais, consoante inferido por Richard Allen Posner, os preceitos da regra inglesa têm sido criticados pelo fato de encorajarem as partes a litigarem, quando comparados com a alocação das custas da regra norte-americana⁸³. Isso tende a ocorrer porque, ao contemplar a possibilidade de propor uma ação judicial e a probabilidade de seu êxito na demanda, o potencial litigante leva em consideração apenas os seus custos, sem se importar com as despesas que o eventual demandado terá de arcar⁸⁴.

Desse modo, ao vislumbrar a possibilidade de ser reembolsado pelo adiantamento dos valores despendidos com custas iniciais, despesas e taxas relativas aos atos praticados durante o trâmite processual, além dos honorários advocatícios, partindo-se da premissa de que o potencial litigante acredita que a probabilidade de existir um julgamento favorável para si é alta, exsurgiria a tendência de prevalecer a escolha relativa à propositura da ação judicial⁸⁵. Ou seja, antevendo a hipótese de ser compensado em relação aos custos totais despendidos ao longo da ação

quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica. §2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.”.

⁸¹ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, p. 1067-1097, set. 1989. Disponível em:

<https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 1073, tradução livre. No texto original: “the loser in a trial bears the legal costs of the winner”.

⁸² PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*, p. 85.

⁸³ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 437. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁸⁴ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 391.

⁸⁵ Convém ressaltar que as questões atinentes ao otimismo e ao pessimismo, assim como aquelas referentes ao risco, serão abordadas na próxima seção e, com mais profundidade, nos próximos capítulos.

e a alta probabilidade de sucesso, sobressairia para o potencial litigante a opção de propor a demanda, em detrimento da celebração de acordo.

Não se pode deixar de registrar, novamente, a importância relativa à possibilidade de determinação pelo potencial litigante da probabilidade de êxito quanto à ação judicial a ser proposta, pois, como assenta Bruce H. Kobayashi, a utilização do sistema inglês de alocação de custas e despesas processuais visa “[...] a impedir a apresentação de ações judiciais com baixas probabilidades de obtenção de um julgamento e para encorajar ações judiciais com altas probabilidades de obtenção de um julgamento”^{86_87}.

A razão de ser dessa premissa, diz o mencionado autor, é que “a intuição básica”⁸⁸ da regra inglesa está no fato de que o seu uso aumenta a expectativa de custos relacionados à ação judicial de quem tem a menor chance de prevalecer. Em contraponto, pode-se dizer que quanto mais alta a probabilidade de obtenção de um julgamento favorável, menor será a expectativa da parte autora em relação aos gastos que deverão ser despendidos com a propositura da ação judicial, já que estes, pensa o potencial litigante, acabarão sendo pagos pelo perdedor⁸⁹.

Robert D. Cooter e Daniel L. Rubinfeld, analisando a questão sob a ótica do otimismo e do risco em relação às partes, cujos principais

⁸⁶ KOBAYASHI, Bruce H. The law and economics of litigation. *George Mason Law School and Economics Research Paper Series*, Fairfax VA, jun. 2015, p. 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2613145>>. Acesso em: 19 fev. 2018, tradução livre. No texto original: “use of such cost and fee shifting systems are designed to deter the filing of lawsuits with low probabilities of obtaining a judgment and to encourage lawsuits with high probabilities of obtaining a judgment”.

⁸⁷ Em idêntica linha de raciocínio, Robert Cooter e Thomas Ulen asseveram que, “em ações com baixa probabilidade de vitória para o autor, a regra de ‘perdedor paga tudo’ aumenta os custos esperados em comparação a ‘cada um paga o seu’. Em geral, a regra de ‘perdedor paga tudo’ desencoraja ações com baixa probabilidade do tribunal encontrar responsabilidade civil. (As ações desencorajadas por essa regra incluem os processos frívolos e aqueles no qual o autor tem provas não absolutas de uma reclamação legítima). [...] Quando a probabilidade do tribunal decidir por responsabilidade civil não é baixa, a regra de ‘perdedor paga tudo’ geralmente encoraja os julgamentos causados por falso otimismo”. (*Direito & Economia*, p. 440).

⁸⁸ KOBAYASHI, Bruce H. The law and economics of litigation. *George Mason Law School and Economics Research Paper Series*, Fairfax VA, jun. 2015, p. 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2613145>>. Acesso em: 19 fev. 2018, tradução livre. No texto original: “the basic intuition for its use is that use of a loser pays system raises (lowers) the expected cost of litigation to parties whose probability of prevailing is less than (greater than)”.

⁸⁹ KOBAYASHI, Bruce H. The law and economics of litigation. *George Mason Law School and Economics Research Paper Series*, Fairfax VA, jun. 2015, p. 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2613145>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

meandros serão analisados de forma pormenorizada à frente, asseveram que a regra inglesa de alocação dos custos totais e das despesas processuais referentes ao ajuizamento de uma ação tende a aumentar a frequência dos julgamentos ao dar mais peso ao otimismo das partes, tornando o trâmite processual mais dispendioso e arriscado⁹⁰.

Outra vertente do sistema inglês, que se aproxima de um caráter geral preventivo, refere-se ao fato de que “esse método traduz, como regra, uma inibição à prática das condutas lesivas, uma vez que antecipa que os custos do processo deverão ser arcados pela parte culpada, sendo, assim, um incentivo contra a conduta reprovada”⁹¹. Em compensação, a partir do momento em que a conduta lesiva e passível de apreciação pelo Poder Judiciário é cometida, não há dúvidas de que há “[...] claro incentivo à litigância judicial por parte da *regra inglesa* (principalmente se se tiver em conta o excesso de confiança no êxito por parte do queixoso propositos da ação)”⁹².

A inserção do risco, especificamente a *aversão ao risco*, na cadeia de escolha das partes pode, no entanto, alterar o fato de que a regra inglesa promove mais litígios e menos acordos. A introdução do *otimismo*, por sua vez, tende a potencializar esse caráter negativo de mola propulsora da litigância, próprio do sistema inglês, como se verá em seguida.

De todo modo, vale assinalar, desde logo, a problemática referente à insuficiência de parâmetros decisórios para o estabelecimento de uma probabilidade mínima acerca do êxito da demanda a ser proposta ou, em outros termos, da imprevisibilidade e da insegurança jurídicas contemporâneas ao Judiciário brasileiro⁹³. É que, como se pôde perceber, o caráter potencializador da litigância inerente ao sistema inglês de alocação das custas iniciais e das despesas

⁹⁰ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, p. 1067-1097, set. 1989. Disponível em:

<https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 1078.

⁹¹ MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 393.

⁹² PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*, p. 85.

⁹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Tese (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Universidade de Brasília, DF, 2012.

processuais está ligado umbilicalmente à determinação da probabilidade do sucesso ou insucesso da demanda a ser proposta.

A situação vivenciada atualmente pelos jurisdicionados brasileiros, notadamente a de incerteza acerca da decisão que será proferida no caso concreto, somada a possibilidade de ressarcimento das custas iniciais e das despesas processuais pelo perdedor – premissa estabelecida pela regra inglesa –, agrava o caráter de incentivo à litigância desse sistema, principalmente por fazer com que o potencial litigante se sinta mais otimista em relação ao resultado da demanda, conforme delineado na seção seguinte e aprofundado no último capítulo.

1.3.2 A introdução do risco, do otimismo e do pessimismo na decisão de litigar ou celebrar acordo

Arriscar a prática de uma conduta ou, até mesmo, de uma omissão, em termos pragmáticos, remete à noção de “possível perigo à frente”, de uma sensação de imprecisão acerca do ato que se pretende fazer valer. Em termos econômicos, a depender de como as coisas exploradas evoluem, o risco reflete o fato de que “[...] um mesmo empreendimento pode resultar em lucro ou em prejuízo financeiro”. Aproximando essas concepções para a vertente jurídica, pode-se dizer que o risco se traduz “[...] na possibilidade de perda (ou ganho), ou na probabilidade de se inculcar responsabilidade pelo dano causado a outrem”⁹⁴.

Então, partindo-se do pressuposto de que as condições serão mantidas e as regras de fato cumpridas, pode-se inferir que o *risco* é a “[...] possibilidade de perda concomitante à de ganho”, ou seja, o risco traz, “[...] ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a possibilidade de lucro. Mas, acima de tudo, é lançar-se sobre o desconhecido”⁹⁵. No entanto, a despeito de suas semelhanças, os conceitos referentes a *risco* não se confundem com aqueles atinentes à *incerteza*.

Conforme consolidado anteriormente, a noção de escassez como oposto de abundância ou excesso de demanda traz consigo a necessidade da tomada de decisão, no sentido de lançar sobre os seres humanos o imperativo da escolha. Eventuais modificações no ambiente, tendo em vista que o indivíduo racional visa, sempre, à maximização da utilidade das suas decisões, força-o a adaptar-se a um “[...] novo modo de fazer”. Nesse sentir, “a incerteza ou a ignorância relativa a circunstâncias que

⁹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 124.

⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 124.

afetam nossa vida e o elemento-surpresa resultantes são aspectos inafastáveis da condição humana. Levar em conta a incerteza, pela inovação e pela absorção do risco, caracteriza toda a atividade humana”⁹⁶.

Por conseguinte, denota-se que a natureza intrínseca ao *risco* e à *incerteza* revela o “caráter aleatório da vida e, em especial, da economia”⁹⁷, além de evidenciar que “as invenções e as inovações merecem encorajamento especial”⁹⁸, a fim de permitir que o ser humano possa adaptar-se às modificações do ambiente. Porém, a diferença fundamental entre esses conceitos cinge-se ao fato de que a “incerteza significa apenas que não se têm garantias sobre o que vai ocorrer; enquanto o risco é uma incerteza estatisticamente mensurável”⁹⁹. Ou seja, os preceitos que tocam à incerteza estão embutidos na conceituação e na determinação do risco, ou, em outros termos, este engloba aquele, acrescentando-se apenas a possibilidade de o risco ser medido, dimensionado.

Em ambas as dimensões não se tem certeza do resultado perquirido, se será efetivamente atingido ou não – a diferença está no fato de que, diante do risco, é possível determinar a probabilidade da ocorrência da consequência esperada. Por isso, diz-se que o risco de determinada ação, por exemplo, pode ser mitigado ou reduzido por meio da celebração de um “[...] contrato, em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento”. Sem maiores aprofundamentos, pois fugiria ao escopo do presente trabalho, evidencia-se uma das funções econômicas do contrato: “[...] reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes”¹⁰⁰.

Em continuidade, deve-se ter em mente que diante da incerteza o indivíduo pode optar por *arriscar* e tomar a decisão que supostamente o levará ao resultado almejado, ou pode escolher não arriscar e continuar

⁹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 39.

⁹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 125.

⁹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 40. A título de exemplificação, os sobreditos autores mencionam que a incerteza é encontrada, “[...] com grandes variações, em todos os aspectos da vida. O emigrante sabe se vai conseguir ganhar a vida em seu país de adoção? O cientista sabe se a pesquisa dará resultado? O comerciante sabe se seu produto responde a uma necessidade dos consumidores? A empresa que assina importante contrato internacional sabe se, no momento do pagamento, a moeda nacional estará apreciada ou depreciada em relação à moeda do contrato?” (*Análise econômica do direito*, p. 39).

⁹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 125.

¹⁰⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 125-126.

no estado em que se encontra, ocasião em que tenderá a procurar alternativa. O termo *arriscar*, anteriormente utilizado, não remete à conceituação de *risco* – em verdade, a ideia alude a aventurar-se, ousar enfrentar a escolha tomada, mesmo quando não há garantia de que o resultado esperado realmente se efetivará.

Nesse enleio, transpondo as acepções de risco e de incerteza para o quadro em que o indivíduo deve tomar a decisão de propor, ou não, uma ação judicial, constata-se que a noção desses elementos está diretamente ligada à determinação da probabilidade de êxito da demanda a ser ajuizada. Destarte, a título de exemplo, consideradas constantes as custas e as despesas processuais a serem despendidas pelo potencial litigante com a propositura da ação judicial, existindo baixa, média ou alta probabilidade de sucesso na obtenção do resultado perquirido, as chances de a demanda ser efetivamente ajuizada são menores na hipótese de *aversão ao risco*, na medida de cada nível de possibilidade de êxito.

Dito de outro modo, se o potencial litigante for pessoa avessa ao risco, a possibilidade de a ação judicial ser efetivamente proposta é quase nula quando existir baixa probabilidade de o julgamento ser favorável ao autor; pouca quando houver média probabilidade de êxito na demanda; e, mesmo quando existir alta probabilidade de sucesso com o ajuizamento da ação judicial, ainda assim, haverá certo receio por parte do potencial litigante em seguir tal caminho.

Alan Mitchell Polinsky sustenta que essa situação pode ocorrer justamente porque o primeiro efeito da aversão ao risco é a redução dos incentivos do potencial litigante no que concerne à propositura da ação judicial, pois “[...] um demandante avesso ao risco, por definição, avaliará uma ação a menos do que o esperado no julgamento”¹⁰¹. Com efeito, no caso de o potencial litigante ser neutro ao risco e chegar-se à conclusão de que ele ajuizaria a ação judicial, alterando-se o sujeito para pessoa avessa a riscos, mantidas as demais variáveis, é provável que esta não optasse por seguir idêntico caminho, ou seja, evitar-se-ia a propositura da demanda¹⁰².

É dizer, sob uma vertente subjetiva, que quando o indivíduo não for propenso a *arriscar* determina ação, conduta ou negócio, ou quando houver *aversão ao risco*, a tendência é que ele não se exponha à

¹⁰¹ POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. Ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 139, tradução livre. No texto original: “a risk-averse plaintiff, by definition, will value a suit at less than her expected winnings at trial”.

¹⁰² POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*, p. 139.

possibilidade de perda¹⁰³. Nesse contexto, mesmo quando for alta a probabilidade de o julgamento ser favorável ao autor, sabendo que existe uma mínima possibilidade de o resultado almejado não ser atingido e sendo o potencial litigante avesso ao risco, a tendência é a celebração de acordo, em detrimento da propositura de ação judicial.

Exsurge, assim, o segundo efeito, destacado por Alan Mitchell Polinsky, oriundo da introdução da aversão ao risco no modelo de análise da litigância, qual seja, o fato de que esse elemento gera um aumento nos incentivos das partes para celebração de acordo, diminuindo as chances de o caso ser levado ao Judiciário. Tal consequência, pode-se dizer positiva, encontra sua razão de ser na premissa de que a realização de um acordo entre as partes eliminaria o risco que nasceria caso optassem por enfrentar os meandros inerentes à propositura de uma ação judicial. Aliás, ressalta o mencionado autor, quanto mais avessas ao risco forem as partes, mais fortes serão suas preferências pela celebração de um acordo¹⁰⁴.

Em vista dessa hipótese, Steven Shavell assevera que a inserção à aversão ao risco leva a uma maior probabilidade de acordo pelo fato de que a simples propositura de uma ação judicial já é um empreendimento de risco, haja vista que o seu resultado é desconhecido¹⁰⁵. Além disso, à medida que o grau de aversão ao risco das partes aumenta – ou, ainda, o montante em jogo, o tamanho do julgamento ou das custas e das despesas processuais –, torna-se mais provável a possibilidade de realização ou de efetivação de acordo, mantidas as demais variáveis¹⁰⁶.

Sob a ótica do modelo da escolha racional, como abordado antes, restou estabelecido que o potencial litigante tende a comparar a quantia

¹⁰³ Especificamente, sobre os advogados, Chelsea Berry destaca que “lawyers are notoriously risk averse. The media and popular culture have an abundance of references to lawyers serving reality checks to overambitious clients, often labeling lawyers as ‘deal breakers’ or ‘obstructionists’. Risk aversion may come with pessimism or cautious decision-making. Lawyers may also be seen, by some, as professional pessimists. Many traits that make a successful lawyer go hand-in-hand with a pessimistic worldview. Some argue that in order to represent clients effectively and achieve professional success, lawyers should be able to consider future dire consequences, examine consequences beyond the scope of the immediate issue, and ascertain blame. In fact, in positive psychology, law has been recognized as an occupation where pessimism serves as a helpful rather than maladaptive characteristic” (A proposal to study the effect of optimism, overconfidence and the planning fallacy on lawyers ability to secure favorable results for clients” (*Prize Winning Papers*, Philadelphia, 7, p. 1-16, 2017. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/prize_papers/7/>. Acesso em: 4 mar. 2018, p. 1).

¹⁰⁴ POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*, p. 139.

¹⁰⁵ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 406.

¹⁰⁶ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 406-407.

financeira oferecida pelo eventual demandado para a celebração de acordo com o valor esperado a partir do êxito obtido no julgamento da ação judicial a ser proposta, selecionando o caminho que lhe proporcionaria, *a priori*, maiores benefícios econômicos. No entanto, consoante explicitam Russel Korobkin e Chris Guthrie, se pelo menos uma das partes for avessa ao risco, ainda que muitas das disputas se encaixem nesta descrição, a tendência é a proposição e efetivação de um acordo¹⁰⁷.

Retomando a análise relativa à regra inglesa de alocação das custas iniciais e das despesas processuais – a qual, “[...] realmente, aumenta o risco da litigância”¹⁰⁸ –, a inclusão da aversão ao risco na cadeia decisória do potencial litigante pode alterar ou mitigar essa pressuposição¹⁰⁹. Isso porque, partindo-se da premissa de que o potencial litigante seria uma pessoa avessa a riscos, admite-se a hipótese de que, diante da incerteza do porvir ou da ausência de garantia do resultado esperado, ela tenderia a optar por não se aventurar ou não arriscar alguma perda.

No tocante às variáveis do otimismo e do pessimismo, vieses que em verdade serão pormenorizados com a devida cautela e aprofundamento no momento da análise das teorias econômicas comportamentais, convém realizar aqui breves digressões acerca dos efeitos gerados com suas inserções na cadeia decisória das partes, em especial na do potencial litigante.

As pessoas, regra geral, tendem a subestimar seus próprios riscos e, concomitantemente, a superestimar a gravidade da situação para o resto da sociedade¹¹⁰. Ou seja, quando os seres humanos tentam prever ou antecipar aquilo que acontecerá futuramente – amanhã, na próxima semana ou daqui a cinquenta anos –, é notória a tendência de que haja

¹⁰⁷ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychology, economics and settlement: a new look at the role of the lawyer. *Texas Law Review*, v. 76, p. 78-141, 1997, p. 78-79. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10525>. Acesso em: 26 fev. 2018.

¹⁰⁸ POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 438. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 26 fev. 2018, tradução livre. No texto original: “the English rule actually increases the riskiness of litigation”.

¹⁰⁹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*, p. 93.

¹¹⁰ SHAROT, Tali. *O viés otimista: por que somos programados para ver o mundo pelo lado positivo*. Tradução: Ana Beatriz Rodrigues. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2015, p.113.

uma superestimação da ocorrência de eventos positivos, em detrimento de condições ou conjunturas negativas¹¹¹.

Daniel Kahneman considera esse *fenômeno* [...] normal, mas alguns felizardos são mais otimistas que o restante de nós”, e isso se traduz em pessoas “de sorte”, pois elas, regra geral, são “[...] alegres e felizes [...]; resilientes e adaptáveis aos fracassos e dificuldades; suas chances de depressão clínica são reduzidas, seu sistema imune é mais forte, [...] e, de fato, têm probabilidade de viver mais”¹¹².

É justamente a diferença entre a expectativa de um indivíduo e a mensuração do resultado a ser obtido que define se o viés será otimista ou pessimista. A propósito, o viés é otimista quando as expectativas são melhores que a realidade. Se, no entanto, a realidade for melhor que as expectativas vislumbradas, o viés será pessimista¹¹³. Sob a ótica econômica, Manju Puri e David T. Robinson destacam que o otimismo está relacionado a diversas escolhas referentes ao trabalho e à vida das pessoas: aquelas que são mais otimistas tendem a trabalhar duro, a se aposentar mais tarde, estão mais propensas a casarem novamente, a investir e a guardar mais dinheiro¹¹⁴.

Sem maiores divagações acerca da natureza dos vieses otimista e pessimista, pois, como dito, o tema da presente seção está inserido na análise da litigância a partir do modelo da escolha racional e será abordado, com maior profundidade, no último capítulo deste trabalho, é necessário esclarecer que casual otimismo do potencial litigante quanto ao resultado da demanda, maior em comparação ao que espera o eventual demandado, tende a reduzir a probabilidade de realização de um acordo¹¹⁵.

¹¹¹ SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, Cambridge MA, v. 21, Issue 23, p. R941-R945, dec. 2011, p. R941. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

¹¹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 318-319.

¹¹³ SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, Cambridge MA, v. 21, Issue 23, p. R941-R945, dec. 2011, p. R941. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

¹¹⁴ PURI, Manju; ROBINSON T., David. Optimism and economic choice. *Journal of Financial Economics*, Rochester, New York, v. 86, Issue 1, p. 71-99, oct. 2007, p. 71. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X07001122?via%3Dihub>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

¹¹⁵ POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*, p. 139.

A despeito de o fator otimismo ser importante para diferentes conjecturas da vida do indivíduo, em especial por trazer resiliência e comprometimento, sua permanência ou excesso pode provocar a subestimação dos custos e da duração de um projeto ou, ainda, a superestimação do fracasso de seu eventual oponente. O viés otimista potencializa a afinidade pelo risco ou, em outros termos, é o antídoto ou veneno, a depender da situação e da pessoa que aparentemente é avessa ao risco, provocando um aumento na probabilidade de o potencial litigante optar pela propositura de uma ação judicial¹¹⁶.

Mais uma vez, relacionando-se a questão do otimismo com os efeitos inerentes à adoção da regra inglesa ou americana de alocação dos custos iniciais e das despesas processuais, Oren Bar-Gill aduz que, de fato, o ambiente legal, ou seja, as normas de determinado local podem influenciar o equilíbrio ou o nível de otimismo das partes. Nesse vértice, segundo o referido autor, o sistema americano – em que cada parte paga os próprios custos relativos à litigância – induz a um nível de otimismo maior, quando comparado com a regra britânica, “[...] já que as implicações da vitória são mais poderosas sob esta regra”¹¹⁷.

Diante das constatações relativas à adoção das regras inglesa ou americana de alocação das custas iniciais e das despesas processuais, entrelaçadas com os elementos de aversão ou afinidade ao risco e do otimismo ou pessimismo, exsurtem algumas conclusões: (i) a consequência, *a priori*, negativa referente ao sistema inglês, no sentido de que pode induzir à litigância, tende a ser mitigada quando as partes são avessas ao risco e potencializada quando estas se revelam otimistas; e (ii) a *vantagem* positiva relativa à adoção da regra americana, cuja

¹¹⁶ Para Nathalie Chappe e Raphael Giraud, que acrescentaram em seus modelos econômicos a análise do viés da confiança, “[...] the equilibrium probability of settlement is increasing in the degree of optimism for every plaintiffs and increasing in the level of confidence for pessimistic plaintiffs, provided the sensitivity of plaintiffs to a rise in the settlement offer is high, and that the same holds for the level of care independently of the sensitivity of plaintiffs to rises in the settlement offer” (Confidence, optimism and litigation: a litigation model under ambiguity. *Centre de Recherche sur les stratégies économiques*. Working paper n. 2013-05, p. 1-23, maio 2013, p. 5. Disponível em: <<http://crese.univ-fcomte.fr/WP-2013-05.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2018).

¹¹⁷ BAR-GILL, Oren. The success and survival of cautious optimism: legal rules and endogenous perceptions in pre-trial settlement negotiations. *Harvard Law School Public Law*, Working paper n. 35, p. 1-54, maio 2002, p. 4. Disponível em: <<http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10042/Bar-Gill/publications?publicationYear=2006>>. Acesso em: 1º maio 2018, tradução livre. No texto original: “since the implications of victory is more powerful under this rule”.

implementação tenderia a promover mais acordos, é reduzida quando as partes se mostram demasiadamente otimistas¹¹⁸.

A despeito de muitos autores neoclássicos, como Alan Mitchell Polinsky e Steven Shavell, abordarem brevemente a aversão ao risco e o viés relativo ao otimismo na formulação de seus modelos econômicos de litigância, mesmo que estejam pautados na teoria da escolha racional – segundo a qual o indivíduo buscará maximizar a sua decisão –, a análise aprofundada dos referidos elementos será realizada a partir da verificação das teorias comportamentais, objeto do próximo capítulo, cujas pressuposições passaram a aceitar a limitação da racionalidade humana.

¹¹⁸ BAR-GILL, Oren. The success and survival of cautious optimism: legal rules and endogenous perceptions in pre-trial settlement negotiations. *Harvard Law School Public Law*, Working paper n. 35, p. 1-54, maio 2002, p. 4. Disponível em: <<http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10042/Bar-Gill/publications?publicationYear=2006>>. Acesso em: 1º maio 2018, p. 4.

2 A EVOLUÇÃO DA ANÁLISE SOBRE A TOMADA DE DECISÃO NA PERSPECTIVA DA LIMITAÇÃO DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A abordagem da análise do processo decisório baseada no modelo da escolha racional, oriunda do pensamento neoclássico, conforme delineado no capítulo anterior, procurou estabelecer a *previsibilidade*¹¹⁹ da conduta dos seres humanos, a partir da pressuposição de que todos os indivíduos são dotados de uma racionalidade cuja consequência é a escolha da decisão que mais benefícios lhes traga, maximizando a sua utilidade.

Segundo a doutrina de Victor Hugo Domingues, “[...] os processos mentais que dão origem ao comportamento dos agentes não interessariam mais ao raciocínio econômico [...]”, o que passou a garantir, na visão dos neoclássicos, “[...] certa razoabilidade às conclusões então articuladas, ou seja, reduzia ao mínimo o conjunto de variáveis que pudessem interferir no fenômeno analisado, eliminando outros elementos capazes de alterar o resultado da observação”¹²⁰. Por corolário, à luz do modelo da escolha racional, o homem não estaria vulnerável às limitações de natureza psicológica – ao revés, agiria de forma objetiva, sopesando custos e benefícios para auferir, sempre, a melhor utilidade possível de sua decisão.

A prática dos economistas neoclássicos, por conseguinte, “[...] privilegia a elegância analítica, a simplificação e a generalidade, em detrimento do realismo de algumas de suas hipóteses [...]”¹²¹. No entanto, a suposição de que todos os seres humanos agiriam racionalmente, no sentido de que o “[...] comportamento racional implica simplesmente maximização consistente de função bem

¹¹⁹ Bruno Meyerhof Salama infere que “a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é em geral previsível, enquanto o comportamento irracional, em regra, é aleatório (ou seja, é randômico)” (*Direito e economia: textos escolhidos*, p. 25).

¹²⁰ DOMINGUES, Victor Hugo. Vieses e heurísticas. In: _____; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016, p. 48.

¹²¹ MARQUES JUNIOR, Liderau dos Santos; PÔRTO JUNIOR, Sabino da Silva. O método da teoria neoclássica – a economia neoclássica é uma teoria refutável? In: CORAZZA, Gentil (Org.). *Métodos da ciência econômica*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2003, p. 113-114.

ordenada, como utilidade ou função de lucro”¹²², passou a ser “[...] muito difamada e ridicularizada”¹²³.

A despeito dos acréscimos científicos decorrentes da aplicação da abordagem neoclássica, como as “[...] teorias do consumidor, teoria da firma, teoria do equilíbrio geral e teoria da produtividade marginal [...]”¹²⁴, sobre as quais não convém aprofundar no presente trabalho, as críticas ao modelo da escolha racional começaram a partir do momento em que se constatou que “a racionalidade ilimitada do sujeito ou a própria maximização das escolhas, por vezes, não são verificadas na realidade fática [...]”¹²⁵. É que, pelo simples fato de ser humano, “o sujeito não é neutro nem suficientemente racional para conseguir se isolar de todo o contexto que o envolve ao tomar as decisões”¹²⁶.

Nesse vértice, a partir de uma abordagem evolucionária do paradigma neoclássico, duas teorias buscaram aprimorar a análise da tomada de decisão do indivíduo por meio da inserção de aspectos da realidade do ser humano, notadamente aqueles de caráter subjetivo e psicológico que permeiam a mente do sujeito e o levam a fazer escolhas, na maioria das vezes, com base em elementos não apenas objetivos ou exatos.

Em um primeiro momento, portanto, aborda-se a *bounded rationality*, expressão cunhada por Herbert Alexander Simon, e após a análise pormenorizada dessa perspectiva, trata-se da *prospect theory*, originada a partir dos estudos realizados por Amos Tversky e Daniel Kahneman. Ambas as teorias, salienta-se desde logo, objetivaram demonstrar que o modelo da escolha racional não iniciou realista, pois há inúmeros fatores relacionados ao ser humano que o fazem não ser um exímio matemático em todas as decisões tomadas ao longo de sua vida

Cumprе consignar que o estudo da correlação entre as teorias da economia comportamental e o modelo da escolha racional renderia, por

¹²² BECKER, Gary Stanley. *The economic approach to human behavior*, p. 153, tradução livre. No texto original: “rational behavior simply implies consistent maximization of well-ordered function, such as utility or profit function”.

¹²³ VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*, p. 46.

¹²⁴ MARQUES JUNIOR, Liderau dos Santos; PÓRTO JUNIOR, Sabino da Silva. O método da teoria neoclássica – a economia neoclássica é uma teoria refutável? In: CORAZZA, Gentil (Org.). *Métodos da ciência econômica*, p. 114.

¹²⁵ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79.

¹²⁶ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*, p. 79.

si só, um estudo em apartado, de modo que essa análise escapa ao objeto deste estudo. Nessa linha, conforme delineado na introdução deste trabalho, parte-se da premissa de que a perspectiva balizada pela economia comportamental, a exemplo das contribuições trazidas pela *bounded rationality* e pela *prospect theory*, não invalida o modelo da escolha racional¹²⁷, a despeito de diversos autores tratarem essas abordagens como contrapostas.

Importa registrar, ainda, que na última parte deste capítulo, além das heurísticas da representatividade, da disponibilidade e da ancoragem, as quais foram abordadas no decorrer da análise da *prospect theory*, discorre-se acerca das heurísticas do afeto, do excesso de confiança e dos vieses confirmatório, egocêntrico e otimista. Posteriormente, nos capítulos subsequentes, esses atalhos cognitivos serão subsumidos ao contexto da decisão entre litigar e realizar um acordo, ocasião em serão abordadas, também, possíveis medidas contraintuitivas.

2.1 BOUNDED RATIONALITY

Os *desvios* sistemáticos das predições dos modelos baseados na teoria da escolha racional foram objetos das pesquisas formuladas por Herbert Alexander Simon¹²⁸, precursor da denominada *bounded rationality* (racionalidade limitada), cuja principal finalidade consiste em “[...] substituir a racionalidade global do homem econômico por um tipo de comportamento racional compatível com o acesso à informação e com as capacidades computacionais, que são realmente possuídas por organismos, incluindo o homem [...]”¹²⁹.

¹²⁷ Richard Allen Posner assevera que “o fato de que as pessoas nem sempre fazem escolhas racionais não invalida a teoria da escolha racional [...]” “A teoria da escolha racional aceita que a capacidade das pessoas de processar informações é limitada – há custos não apenas para obter informações, mas também para absorver e usar essas informações.” (*Economic analysis of law*, tradução livre). No texto original: “The fact that people do not always make rational choices does not invalidate rational choice theory; random deviations from rational behavior will cancel out. [...]”. “Rational choice theory accepts that people’s ability to process information is limited – there are costs not only of obtaining information but also of absorbing and using it.”.

¹²⁸ A título informacional, destaca-se que Herbert Alexander Simon foi agraciado com o Nobel de Ciências Econômicas em 1978, justamente pelas suas pesquisas no processo de tomada de decisões. sua breve biografia está disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1978/simon-bio.html>.

¹²⁹ HERBERT, Simon Alexander. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955, p. 99.

Herbert A. Simon, acerca da abordagem neoclássica, assevera que esta “teoria econômica tradicional postula um homem econômico”, o qual, em tese, seria conhecedor dos aspectos relevantes de seu ambiente¹³⁰. Os sujeitos tomadores de decisão, no entanto, “[...] raramente dispõem, para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes”. Por isso, sustenta o autor, o modelo da escolha racional “[...] é irrealista como descrição de decisões humanas [...]”¹³¹.

Em que pese, de fato, o modelo da escolha racional não exponha de maneira minuciosa as razões ou os motivos subjetivos que levam determinada pessoa a decidir de certa forma, deve-se esclarecer que a abordagem realizada no presente trabalho não visualiza os pressupostos limitadores das teorias comportamentais como contrários ou contrapostos ao paradigma neoclássico. Isso porque, reitera-se, o papel protagonista da premissa da racionalidade maximizadora é o de ser “instrumental”, pois “a ideia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa de racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões”¹³².

A limitação da racionalidade ou a *bounded rationality* exsurge, em verdade, como um fator evolucionário, de atualização ou de flexibilização do paradigma da hiper-racionalidade, “reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes) [...]”¹³³. Portanto, o ponto-chave da análise da racionalidade como processo restrito em relação à possibilidade de maximização dos ganhos, ventilado por Herbert A. Simon, está na *informação*, especificamente na incapacidade do indivíduo de conhecê-la em sua totalidade ou de obtê-la por completo.

Disponível em: <<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018, tradução livre. No texto original: “the task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man [...]”.

¹³⁰ HERBERT, Simon Alexander. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955, p. 99. Disponível em: <<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018, tradução livre. No texto original: “Traditional economic theory postulates an ‘economic man’, who, in the course of being ‘economic’ is also ‘rational’.”.

¹³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 33.

¹³² SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*, p. 26.

¹³³ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*, p. 25.

A *bounded rationality* não refuta o modelo da escolha racional, e, sim, parte de seus pressupostos supostamente *irreais* para torná-los mais palpáveis e sensíveis em relação à realidade enfrentada pelo homem¹³⁴. Nesse sentir, Herbert A. Simon salienta que existe, de forma indubitável, uma área da conduta humana que se ajusta com razoável aproximação às hipóteses formuladas pelo modelo da escolha racional, “[...] e onde a teoria clássica, com sua hipótese de racionalidade, é um instrumento poderoso e útil”¹³⁵.

Assim, “sem negar a existência dessa área, nem sua importância [...]”¹³⁶, a questão adversa desponta quando se percebe que a premissa maximizadora de utilidade estabelecida pelo paradigma neoclássico apenas “funciona” ou, melhor, tem razão de ser “[...] quando a situação é muito simples e transparente, quando o sujeito pode facilmente ver e recordar que está sendo consequente [...]”¹³⁷. Ou seja, a teoria da racionalidade limitada não repele ou rejeita o modelo da escolha racional, apenas realoca a sua amplitude de resultado ao reconhecer que os seus pressupostos dificilmente obrariam em situações de alta complexidade.

Nesse vértice, pelos prismas semântico e teórico, tendo em vista que se está a analisar uma teoria denominada de racionalidade *limitada*, deve-se procurar entender o que se pretende *limitar* ou quais são os *limites* por ela impostos em relação à abordagem neoclássica. Para tanto, é premente recordar que o modelo da escolha racional parte dos seguintes e principais pressupostos: (i) o indivíduo buscará maximizar os seus ganhos (utilidade) e minimizar os seus custos; (ii) as alternativas colocadas à disposição do agente tomador de decisão são todas

¹³⁴ Para Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, “a crítica de Simon ficou ainda mais convincente, pois ele partiu do modelo da escolha racional” (*Análise econômica do direito*, p. 33).

¹³⁵ SIMON, Herbert Alexander. Teorías acerca de la adopción de decisiones en economía y la ciencia del comportamiento. In: _____ et al. (Org.). *Panoramas contemporáneos de la teoría económica: asignación de recursos*. Madrid: Alianza Universidad Editorial, 1970, v. III, p. 19, tradução livre. No texto original: “y en donde la teoría clásica, con su hipótesis de racionalidad, es un instrumento poderoso y útil”.

¹³⁶ SIMON, Herbert Alexander. Teorías acerca de la adopción de decisiones en economía y la ciencia del comportamiento. In: _____ et al. (Org.). *Panoramas contemporáneos de la teoría económica: asignación de recursos*, p. 19, tradução livre. No texto original: “sin negar la existencia de tal área, ni su importancia”.

¹³⁷ SIMON, Herbert Alexander. Teorías acerca de la adopción de decisiones en economía y la ciencia del comportamiento. In: _____ et al. (Org.). *Panoramas contemporáneos de la teoría económica: asignación de recursos*, p. 24, tradução livre. No texto original: “cuando la situación es muy simple y transparente, cuando el sujeto puede fácilmente ver y recordar que está siendo consequente”.

conhecidas; (iii) o indivíduo é detentor das informações relevantes para cada alternativa¹³⁸; e (iv) as preferências são completas, transitivas e estáveis¹³⁹.

Em relação à premissa segundo a qual o indivíduo buscará maximizar os seus ganhos (utilidade) e minimizar os seus custos, pode-se dizer que a principal lição decorrente da *bounded rationality* é a substituição da maximização da utilidade pela busca da satisfação, ou seja, pelo caminho ou tomada de ação que se revele *boa o suficiente* para a situação concreta¹⁴⁰, considerando que o ser humano não consegue, na maioria das ocasiões, isolar-se de todos os fatores de cunho subjetivo, motivacional ou psicológico atinentes à sua natureza.

A ideia estabelecida por Herbert A. Simon cinge-se ao fato de que as pessoas, quando colocadas diante de situações ou relações práticas, não buscam uma solução ótima para a escolha que estão enfrentando – como sustentado pela abordagem neoclássica –, ao revés, demonstram estar contentes com a primeira solução que lhes parece satisfatória. Paralelamente, esse nível de satisfação dependerá da visão subjetiva do indivíduo em relação ao problema que está sendo resolvido e à escolha que deve ser realizada¹⁴¹.

Como, para a teoria da racionalidade limitada, os indivíduos nem sempre ponderam sobre eventuais custos ou despesas de suas ações ou omissões e, por consequência, nem sempre são capazes de maximizar seus ganhos, a análise de adequabilidade acerca da escolha a ser tomada

¹³⁸ Ressaltam James Gardner March e Herbet Alexander Simon que o modelo do “[...] homem racional impõe ao mecanismo de escolha três condições extremamente importantes. Com efeito, pressupõe-se: i) que tôdas as alternativas de escolha sejam *dados*; ii) que tôdas as consequências associadas a cada uma das alternativas sejam conhecidas (seja quanto à certeza, risco ou incerteza); iii) que o homem racional possua uma completa classificação por ordem de utilidade (ou função cardinal) de todos os possíveis conjuntos de consequências”. (*Teoria das organizações*. Tradução de Hugo Wahrlich. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 194).

¹³⁹ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in neoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? Tradução: Decio Zylbersztajn. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 21.

¹⁴¹ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in neoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

tende a não ser profunda¹⁴². Assim, alcançado certo nível de satisfação que se revele aceitável para determinado indivíduo, este seguirá para a próxima decisão a ser tomada em sua vida. Diferenciam-se, assim, os critérios que governam a escolha entre *satisfatórios* e *otimais*.

Segundo Herbert A. Simon e de James G. March¹⁴³, a alternativa será ótima quando: (i) “[...] houver padrões que permitam a comparação de tôdas as alternativas;” e, (ii) “[...] a alternativa em causa fôr preferível, de acôrdo com êsses padrões, a tôdas as demais”. Por outro lado, a alternativa será satisfatória quando: (i) “[...] houver padrões que estabeleçam os requisitos mínimos de uma alternativa satisfatória;” e (ii) “[...] a alternativa em causa preencher ou exceder todos êsses requisitos mínimos”.

Em termos pragmáticos é, por exemplo, “[...] a diferença entre revistar um palheiro em busca da agulha *mais pontuda* que nêle se encontre e revistar o palheiro para encontrar uma agulha bastante pontuda para costurar”, respectivamente para os critérios ótimo e satisfatório. Todavia, para os mencionados autores, “todo processo decisório humano, seja no íntimo de indivíduo, seja na organização, ocupa-se da descoberta e da seleção de alternativas satisfatórias; sòmente em casos excepcionais preocupa-se com a descoberta e a seleção de alternativas ótimas”¹⁴⁴.

Além de não buscar em todas as situações que exigem a tomada de decisão a maximização de seus ganhos, o sujeito, como ser humano que é, na maioria das vezes sequer seria capaz de tornar possível ou de realizar essa operação, pura e simplesmente de mensuração de custos e benefícios. Essa *incapacidade* resultaria do fato de que nem todas as informações necessárias para o escoreito sopesamento da *melhor* decisão entre as possíveis estariam disponíveis ao indivíduo ou, caso estivessem, nem todas influiriam nessa escolha.

Desse raciocínio exsurge mais uma diferença – não antagônica, mas de realocação substancial da amplitude da premissa – entre o modelo da escolha racional e a *bounded rationality*, pois, enquanto

¹⁴² SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in neoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em: <<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

¹⁴³ MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. *Teoria das organizações*, p.196.

¹⁴⁴ MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. *Teoria das organizações*, p.198.

naquela o indivíduo seria conhecedor de todas as alternativas de escolha e de todas as informações relevantes de cada opção, nesta a completude não se revelaria viável na maioria das situações, apenas nas consideradas muito simples e transparentes.

Em crítica a essa asserção, Herbert A. Simon e James G. March¹⁴⁵ asseveram que somente em caso de *certeza* – no sentido de que “[...] quem decide possui conhecimento completo e exato das consequências de cada alternativa” – é que o “modelo do homem racional” seria plausível. Todavia, ainda que se pudesse admitir que, em alguns casos, quando precisasse tomar uma decisão, o indivíduo já teria “[...] diante de si todo o conjunto de alternativas [...]”, entre as quais faria a sua escolha, esse “[...] complexo de alternativas é simplesmente um dado; a teoria não explica como é obtido”. Ou seja, o “homem racional [...] faz escolhas ótimas, num ambiente minuciosamente especificado e nitidamente definido”.

Para a teoria da racionalidade limitada, em contrapartida, “os elementos da definição da situação”, em especial as informações relativas às possíveis escolhas colocadas diante do indivíduo, “[...] não são dados – isto é, não os tomamos por pressupostos da nossa teoria – mas constituem o produto de processos psicológicos e sociológicos que incluem as atividades da pessoa que faz a escolha e as de outros integrantes do ambiente”¹⁴⁶. A partir disso, os limites da racionalidade “[...] foram vistos como derivados da incapacidade da mente humana de colocar em uma única decisão todos os aspectos de valor, conhecimento e comportamento que seriam relevantes”¹⁴⁷.

Nessa vertente, como analisa Herbert A. Simon, o padrão de escolha do ser humano tende a ser mais um padrão de “estímulo-resposta”^{148_149} do que uma efetiva e mensurada opção entre as

¹⁴⁵ MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. *Teoria das organizações*, p.193.

¹⁴⁶ MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. *Teoria das organizações*, p.196.

¹⁴⁷ SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*. New York: The Macmillan Company, 1953, p. 108. tradução livre. No texto original: “[...] have been seen to derive from the inability of the human mind to bring to bear upon a single decision all the aspects of value, knowledge, and behavior that would be relevant”.

¹⁴⁸ Acerca dessa constatação, Herbert A. Simon assevera que “if rationality is to be achieved, a period of hesitation must precede choice, during which the behavior alternatives, knowledge bearing on environmental conditions and consequences, and the anticipated values must be brought into the focus of attention. Psychologically speaking, such a hesitation marks a relatively sophisticated level of behavior. Simpler behavior patterns may be described as those responses to stimuli that occur upon presentation of

alternativas relativas à determinada situação, na medida em que a racionalidade humana operaria dentro dos limites de um ambiente psicológico¹⁵⁰.

Essa conjuntura ou moldura de caráter subjetivo e psicológico imporá ao indivíduo uma seleção de fatores, sobre os quais o sujeito basearia as suas decisões. Tais deliberações, no entanto, ainda estariam limitadas por conta de condições de memória¹⁵¹ e de hábitos criados pelos seres humanos, cujas naturezas, respectivamente, infligiriam a necessidade de criação de mecanismos capazes de permitir o acesso a informações armazenadas, quando requeridas, e de possibilitar a conservação do esforço mental em relação aos aspectos repetitivos de determinada situação¹⁵².

As nuances estabelecidas pela *bounded rationality*, portanto, especialmente em contraponto às premissas postuladas pela abordagem neoclássica, revelam que: (i) o indivíduo, ao realizar a tomada de uma decisão, não tende a buscar sempre – por não ser plenamente capaz, tendo em vista as suas limitações cognitivas – a maximização de sua utilidade; (ii) o preceito da satisfação substitui o pressuposto da maximização; (iii) nem todas as alternativas colocadas à disposição do

the stimulus and with little or no hesitation” (*Administrative behavior*. New York: The Macmillan Company, 1953, p. 89).

¹⁴⁹ Essa afirmação apresentada por Herbert A. Simon remete, ainda que de forma incipiente, à análise da tomada de decisão com base nos chamados Sistemas 1 e 2, classificação inicialmente proposta pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West (Individual differences in reasoning: implications for the rationality Debate? In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Org.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*. 14. ed. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 421-440). Ressalta Daniel Kahneman que “o Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração” (*Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 29).

¹⁵⁰ SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*, p. 108.

¹⁵¹ Ao tratar desse elemento, Herbert A. Simon ressalta: “The role of memory in rational behavior hardly requires comment. When similar problems recur, it is memory that stores up the information gathered, or even the conclusions reached, in solving the first problem, and makes these available, without new inquiry, when the next problem of the same kind is encountered. It has often been remarked that memory may be either natural or artificial – information may be stored in the mind, or it may be recorded on paper in such a way as to be accessible. The artificial kind of memory that consists of libraries, files, and records is the kind of most importance in organization. For any kind of memory, whether natural or artificial, to be useful, there must be mechanisms that permit the memory to be drawn upon when needed.” (*Administrative behavior*, p. 87).

¹⁵² SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*, p. 87-88.

indivíduo são por ele conhecidas; (iv) o indivíduo, na maioria das vezes, não é detentor de todas as informações relevantes relativas a cada alternativa; e (v) considerando a capacidade limitada de cálculo, de obtenção e de processamento de informações, as preferências do indivíduo apresentam-se como incompletas e instáveis.

Constatadas essas limitações da racionalidade humana – sem afastar o caráter instrumental da teoria da escolha racional preconizada pela abordagem neoclássica¹⁵³ –, nos termos afirmados por Herbert A. Simon, é bem verdade que a economia tradicional, da racionalidade ilimitada, “dá uma imagem romântica, quase heroica da mente humana”¹⁵⁴. A cognição restrita, os vieses psicológicos do indivíduo, o ambiente que o circunda, entre outros fatores de cunho subjetivo, interno e externo, aprimoram a análise da tomada de decisão por exigir uma maior sensibilidade à realidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, tornam essa tarefa mais dificultosa.

Não se pode negar, todavia, que o ser humano não possui a capacidade de adotar, na maioria das situações, decisões puramente matemáticas e completamente passíveis de concretização de seus objetivos. Na perspectiva da *bounded rationality*, percebe-se que, não obstante almeje adotar a *melhor* decisão entre as opções disponíveis, a partir do momento em que se sinta satisfeito com a adoção de algumas delas – não necessariamente com a *melhor* –, a busca do indivíduo pela maximização da utilidade de sua escolha cessará.

Deve-se levar em conta, ademais, que o atual ambiente em que o ser humano está inserido, isto é, um mundo globalizado onde as informações de todos os tipos estão disponíveis, a despeito de trazer inúmeros benefícios, como a diminuição da distância e do tempo, e oportunizar o conhecimento em diversas áreas, afasta a profundidade com que a informação é percebida e armazenada pelo indivíduo. Ou seja, pode-se tomar conhecimento de praticamente tudo, mas muitas vezes isso será feito de forma periférica.

¹⁵³ Conforme salienta Bruno Meyerhof Salama, “os economistas tentam captar grande parcela da dinâmica comportamental das pessoas com a menor quantidade possível de premissas. A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (ela é obviamente imperfeita), mas sim se essa premissa consegue captar o suficiente para tornar inteligível e previsível uma realidade complexa. Isso significa que a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado” (*Direito e economia*: textos escolhidos, p. 26).

¹⁵⁴ SIMON, Herbert Alexander. *Causalità, razionalità, organizzazione*, p. 369, tradução livre. No texto original: “l’economia dà un’immagine romantica, quasi eroica, della mente umana”.

Essa constatação reafirma a premissa da satisfação, pois embora a decisão hipoteticamente tomada possa não se revelar às lentes da economia neoclássica como a *melhor* entre todas as opções disponíveis, o sujeito da vida real estará plenamente contente e satisfeito com a escolha realizada, ainda que esta tenha sido sopesada por meio de uma rápida pesquisa na internet. Daí a importância, aliás, do surgimento de tecnologias, como a inteligência artificial, para auxiliar o processo de tomada de decisão.

Feitas essas considerações, chega o momento de abordar a *prospect theory*, preconizada por Amos Tversky e por Daniel Kahneman, com o objetivo de aprimorar e aprofundar os estudos relativos à tomada de decisão, aos critérios e aos limites inerentes à cognição do ser humano. Posteriormente, apresentam-se os conceitos e os pressupostos estabelecidos pela *bounded rationality* e pela *prospect theory* sob as perspectivas da análise da litigância e da possibilidade de celebração de acordos.

2.2 A *PROSPECT THEORY* E AS HEURÍSTICAS DA REPRESENTATIVIDADE, DA DISPONIBILIDADE E DA ANCORAGEM

Distintamente da abordagem adotada por Herbert A. Simon para estabelecer as conclusões da *bounded rationality*, Amos Tversky e Daniel Kahneman partiram e conduziram diversos experimentos para dar suporte às suas concepções teóricas. Com a publicação do artigo intitulado “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases” em setembro de 1974, estes autores descreveram três heurísticas – representatividade, disponibilidade e ancoragem – as quais serão analisadas à frente, com o objetivo de demonstrar empiricamente que o ser humano não se comporta da maneira esperada pelo modelo da escolha racional.

Em vista da constatação de que diversas decisões “[...] são baseadas em crenças sobre a probabilidade de eventos incertos, como o resultado de uma eleição, a culpa de um réu ou o valor futuro do dólar”¹⁵⁵, os precursores da *prospect theory* buscaram averiguar e

¹⁵⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124, tradução livre. No texto original: “are based on beliefs concerning the likelihood of uncertain events such as the outcome of an election, the guilt of a defendant, or the future value of the dollar”.

analisar os fatores que determinam essa crença das pessoas sobre determinadas situações e, ainda, como os indivíduos avaliam a probabilidade de ocorrência de um evento incerto ou o valor de uma categoria incerta¹⁵⁶.

Uma das premissas adotadas pela abordagem neoclássica, conforme mencionado anteriormente, é a de que as preferências dos indivíduos são completas, transitivas e estáveis, justamente por serem eles detentores de todas as informações relevantes sobre cada alternativa de escolha colocada à sua disposição. Dessa proposição resulta, com base no modelo da escolha racional, o seguinte raciocínio: se um indivíduo prefere A a B e B a C, então ele necessariamente prefere A a C.

As experiências de Kahneman e Tversky apontam que “tal condição é frequentemente violada. Ou seja, a preferência entre duas opções não deveria variar segundo a representação do problema”¹⁵⁷. É que, ao revés do preconizado pelo modelo da escolha racional, os indivíduos não têm, por exemplo, “[...] a mesma preferência em matéria de tratamento do câncer (cirurgia ou radioterapia), conforme os resultados sejam apresentados de acordo com as taxas de sobrevivência (90 vs 77 pessoas em 100 sobreviverão) ou de mortalidade (10 vs 23 pessoas sucumbirão à intervenção)”¹⁵⁸.

Com a finalidade de entender e de determinar *como* as pessoas avaliam a probabilidade de ocorrência de um evento incerto e preveem valores também incertos, Amos Tversky e Daniel Kahneman denominaram a primeira heurística¹⁵⁹ de “representatividade”

¹⁵⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124.

¹⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 34.

¹⁵⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 35.

¹⁵⁹ Sobre o conceito de heurísticas e vieses cognitivos, Eyal Peer e Eyal Gamliel assentam que: “Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decisions making.” (Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013. Disponível em: <<http://aja.nsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 114). Em uma análise evolucionária do termo heurística, Christoph Engel e Gerd Gigerenzer lecionam: “The term *heuristic* is of Greek origin and means ‘serving to find out or discover’. In the title of his Nobel-Prize-winning paper of 1905, Einstein used the term *heuristic* to indicate an idea that he considered incomplete, due to the limits of his knowledge, but useful. For the Stanford mathematician Polya (1954), heuristic thinking was as indispensable as analytical thinking for problems that cannot be solved

(*representativeness heuristic*), cuja natureza revela que os indivíduos analisam a probabilidade de realização de uma situação a partir do grau em que o elemento A representa ou se assemelha ao elemento B.

Explica-se. Em um dos exemplos relatados pelos mencionados autores, no qual as pessoas deveriam, em tese, a partir das características de um indivíduo, determinar qual seria a sua profissão, a seguinte situação foi criada: “Steve é muito tímido e retirado, invariavelmente útil, mas com pouco interesse em pessoas, ou no mundo da realidade. Um manso e de alma arrumada, ele precisa de ordem e estrutura e tem paixão por detalhes”¹⁶⁰.

A partir dessa hipótese e das experiências efetivamente praticadas, constatou-se que as pessoas tendem a determinar a profissão de Steve considerando o grau em que ele representa ou se assemelha ao estereótipo de, por exemplo, um bibliotecário, um físico, um piloto, um agricultor ou um vendedor. No entanto, essa abordagem de julgamento acerca da probabilidade de ocorrência de uma situação leva as pessoas a cometerem sérios erros, na medida em que a heurística da representatividade ou da similaridade provoca a desconsideração de fatores ou informações importantes, que poderiam afetar a definição da hipótese.

by the calculus or probability theory – for instance, how to find a mathematical proof. The advent of computer programming gave heuristics a new prominence. It became clear that most problems of importance are computationally intractable; that is, we do not know the optimal (best) solution, nor do we know a method for how to find it. The Gestalt psychology of the first half of the twentieth century used the term *heuristic* in the original Greek meaning to describe exploratory behavior, such as looking around and searching for information. Herbert A. Simon and Allen Newell conceptualized and partly formalized this approach in terms of search heuristics that find a reasonable solution in a huge search space, such as in chess. Heuristics were introduced in chess and artificial intelligence to make computers as smart as humans. In the analysis of experimental games, a simple heuristic called *Tit-for-Tat* won two computer tournaments against sophisticated competitors (Axelrod 1984). In the 1970s, however, the term *heuristic* became negatively tainted in other fields. Heuristics were introduced to explain why humans are not smart, and the term *heuristic and biases* came into use (Tversky and Kahneman 1974). Economists and lawyers were first exposed to the later, rather than to the heuristics of artificial intelligence or of the adaptive decision maker (Payne et al. 1993).” (*Heuristics and the law*. Cambridge: The MIT Press, 2006, p. 2).

¹⁶⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124, tradução livre. No texto original: “Steve is very shy and withdrawn, invariably helpful, but with little interest in people, or in the world of reality. A meek and tidy soul, he has a need of order and structure, and passion for detail.”.

Tais desvios sistemáticos inerentes à heurística da representatividade podem ser sintetizados da seguinte maneira: (i) as pessoas são insensíveis ou não levam em consideração probabilidades apresentadas em momento anterior – no caso de Steve, por exemplo, a informação de que haveria mais agricultores que bibliotecários na região seria negligenciada na determinação de sua profissão¹⁶¹; (ii) as pessoas são insensíveis ou não levam em consideração o tamanho da amostra apresentada¹⁶²; (iii) as pessoas equivocam-se quanto à aleatoriedade do

¹⁶¹ Em uma das experiências realizadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, apresentou-se aos participantes uma breve descrição de diversos indivíduos, supostamente extraídos de amostras de engenheiros e de advogados, sobre os quais os participantes deveriam avaliar, para cada personalidade, a probabilidade de a pessoa pertencer a um ou a outro grupo. Em momento anterior, os participantes foram informados de que o grupo a partir do qual as descrições tinham sido elaboradas consistia em setenta engenheiros e trinta advogados. Para outros participantes, apresentou-se a informação de que o grupo consistia em trinta engenheiros e em setenta advogados. No entanto, para ambos os conjuntos de participantes, estes apresentaram as mesmas probabilidades acerca de o indivíduo pertencer ao grupo dos engenheiros ou ao grupo dos advogados. Ou seja, todos os participantes levaram em consideração apenas as descrições sobre as características das pessoas apresentadas ou de seus estereótipos, em evidente negligenciamento das informações probabilísticas anteriormente concedidas. Os autores ressaltaram, porém, que os participantes só não ignoraram as prévias probabilidades apresentadas quando não tinham em mãos nenhuma outra informação, nem acerca das características das personalidades das pessoas (Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124-1125).

¹⁶² Objetivando esclarecer essa constatação, Amos Tversky e Daniel Kahneman apresentaram o seguinte caso: uma cidade possui dois hospitais, um grande e outro pequeno. No primeiro, nascem quarenta e cinco bebês a cada dia; no segundo hospital são quinze bebês. Além disso, cerca de 50% dos recém-nascidos são meninos. No entanto, a porcentagem exata varia a cada dia, podendo, às vezes, ser superior a 50% ou inferior e este percentual. Em um período de um ano, cada hospital registrou os dias em que mais de 60% dos bebês nasceram meninos. Os participantes deveriam responder em qual hospital havia maior probabilidade de esses últimos dias terem sido registrados: a) o hospital maior; b) o hospital menor; ou c) mesma probabilidade para ambos os hospitais – 21 participantes assinalaram a primeira resposta; 21 assinalaram a segunda e 53 a terceira alternativa. Constatou-se, por conseguinte, que a maioria dos participantes julgou a probabilidade de obter mais de 60% de registros de meninos como sendo a mesma para ambos os hospitais. No entanto, pela teoria da amostragem, a probabilidade de que o número esperado de dias em que mais de 60% dos bebês registrados serão meninos é maior no hospital pequeno, pois, em relação ao hospital maior, é menos provável que, diante da sua amostra grande, haja desvio no valor de 50%. Revelou-se, assim, que essa noção de estatística não faz parte da intuição das pessoas, as quais, em geral, não levam em consideração o tamanho da amostra apresentada (Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em:

acaso¹⁶³; (iv) as pessoas são insensíveis à previsibilidade, ou seja, tendem a não levar em consideração as evidências apresentadas para determinado caso e, portanto, deixam de lado a precisão esperada de suas previsões¹⁶⁴; (v) as pessoas tendem a confiar, de forma injustificada, na probabilidade por elas indicadas à medida que o grau de representatividade é maior, ou seja, quanto mais parecida for a descrição de Steve de um bibliotecário, maior será a confiança depositada no sentido de que esta previsão é a correta, ainda que a referida descrição seja escassa, não confiável ou desatualizada – a este viés deu-se o nome de ilusão de validade¹⁶⁵ –; e (vi) as pessoas equivocam-se quanto ao fenômeno da regressão, relativamente à percepção de que o comportamento de um indivíduo provavelmente melhora depois de uma punição e piora depois de uma recompensa¹⁶⁶.

De acordo com a segunda heurística, denominada disponibilidade (ou *availability heuristic*), as pessoas tendem a avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento ou de uma categoria pela facilidade com que

<http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124-1125).

¹⁶³ Amos Tversky e Daniel Kahneman, sobre esse viés, afirmam que os indivíduos, quando colocados diante de eventos gerados por um processo aleatório, esperam que estes sejam representados pelas características essenciais desse processo. Por exemplo, considerando o lançamento de uma moeda, as pessoas consideram que a sequência H-T-H-T-T-H é mais provável que a sequência H-H-H-T-T-T, haja vista que esta não parece ser tão aleatória quanto a primeira. Por conseguinte, tem-se que o acaso é “[...] commonly viewed as a self-correcting process in which a deviation in one direction induces a deviation in the opposite direction to restore the equilibrium. In fact, deviations are not ‘corrected’ as a chance process unfolds, they are merely diluted” (Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974, Disponível em:

<http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1124-1125).

¹⁶⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em:

<http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1126.

¹⁶⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131. sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2018, p. 1126.

¹⁶⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131. sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1126-1127.

essas situações são trazidas às suas mentes¹⁶⁷. Significa dizer que, “[...] não podendo julgar diretamente as probabilidades, o espírito humano simplifica o problema apelando para a heurística disponível, ‘*availability heuristic*’, que nos fará decidir em função do exemplo ainda fresco na memória (espírito)”¹⁶⁸.

Massimo Piatelli-Palmarini, a respeito, ressalta que, “quanto mais fácil for imaginar um evento ou uma situação, e quanto mais essa ocorrência nos impressionar emocionalmente, maior a probabilidade de que nós pensemos nisso como algo, também, objetivamente frequente”¹⁶⁹. De acordo com Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, “um evento proeminente e dramático, com ampla cobertura na mídia, será facilmente – de maneira automática e involuntária – recuperado na memória”¹⁷⁰.

As experiências vivenciadas – como, por exemplo, ver uma casa em chamas em vez de ler sobre tal ocorrência em um jornal – e aquelas situações que aconteceram em período recente são mais suscetíveis de vir à mente humana quando comparadas com notícias apenas lidas ou antigas¹⁷¹. Além disso, entre outras consequências¹⁷², Amos Tversky e Daniel Kahneman salientam que a heurística da disponibilidade pode

¹⁶⁷ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1127.

¹⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 35.

¹⁶⁹ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*. Tradução Massimo Piatelli-Palmarini e Keith Botsford. New York: John Wiley & Sons, 1994, p. 128, tradução livre. No texto original: “the easier it is to imagine an event or a situation, and the more the occurrence impresses us emotionally, the more likely we are to think of it as also objectively frequent”.

¹⁷⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 37.

¹⁷¹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1127.

¹⁷² Cumpre mencionar que “[...] the reliance on the availability heuristic leads to systematic biases. Such biases are demonstrated in the judged frequency of classes of words, of combinatorial outcomes, and of repeated events. The phenomenon of illusory correlation is explained as an availability bias.” TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: a heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, n. 5, p. 207-232, 1973. Disponível em: <<https://msu.edu/~ema/803/Ch11-JDM/2/TverskyKahneman73.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2018, p. 207.

provocar o efeito ou fenômeno¹⁷³ da correlação ilusória (*illusory correlation*)¹⁷⁴.

A natureza do viés da correlação ilusória, aliás, refere-se à força de ligação associativa entre a ocorrência concomitante de dois eventos, ou seja, o julgamento ou a determinação da probabilidade de quão frequentes dois eventos podem acontecer, ao mesmo tempo pode estar baseada no grau de representatividade entre eles. Assim, quando a associação entre dois eventos é forte, é provável que as pessoas concluam que essas ocorrências são frequentemente emparelhadas, no sentido de acontecerem concomitantemente, a despeito da ausência de evidências fáticas ou reais nesse sentido.

Pode-se concluir, então, que a heurística da disponibilidade esclarece “[...] porque algumas questões se destacam na mente da população, em detrimento de outras – às vezes mais frequentes – que são negligenciadas”¹⁷⁵, e não apenas se destacam, mas muitas vezes geram reações e fazem com que as pessoas acreditem em probabilidades ou situações equivocadas. É o caso, por exemplo, da desistência de reservas de voos quando um avião cai na mesma época ou, ainda, da crença de que uma semana inteira de chuva em um mês cuja expectativa era de apenas três dias indica que o resto do mês será de tempo bom¹⁷⁶.

A heurística da ancoragem (ou *anchoring heuristic*), por sua vez, alude ao fato de que as pessoas, em diversas situações, especialmente naquelas relativas a estimativas numéricas, determinam a probabilidade de algum acontecimento ou de uma categoria incerta a partir de um

¹⁷³ É importante consignar que o viés da correlação ilusória foi observado inicialmente por Loren J. Chapman, segundo o qual “phenomena from such diverse areas as superstition, belief in primitive magic, errors in clinical observations, social prejudice, and halo effect have certain similarities. All are based on a systematic error in reports of observations of a supposed correlation between the occurrences of two classes of events” (Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, New York, v. 6, n. 1, fev. 1967, p. 151-155. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022537167800665>>. Acesso em: 2 abr. 2018, p. 151). A título de exemplificação, citam Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa “[...] a relação entre achar um trevo quatro folhas e ter muita sorte no mesmo dia” (*Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, p. 43).

¹⁷⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1128.

¹⁷⁵ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, p. 37.

¹⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, p. 35.

ponto de partida ou de um valor inicial¹⁷⁷. Ou seja, ao buscarem deliberar sobre questões probabilísticas ou numéricas, como por exemplo, quantos partidos políticos existem no Brasil, as pessoas tendem a se ater e a confiar em um valor específico disponibilizado anteriormente, o qual se torna o ponto referência para a apresentação da resposta.

Como se pode prever, a principal consequência negativa advinda da heurística da ancoragem está adstrita ao fato de que diferentes pontos de partida ou de referência geram diferentes estimativas de resultado e, além disso, qualquer uma delas pode estar longe da resposta correta¹⁷⁸.

Para comprovar a ocorrência desse atalho cognitivo, Amos Tversky e Daniel Kahneman realizaram um experimento¹⁷⁹ no qual os participantes de dois grupos distintos, após girarem uma “roda da fortuna” e escreverem o número nela indicado, deveriam responder aos seguintes questionamentos: (i) o número que apareceu na “roda da fortuna” é maior ou menor do que a percentagem de países africanos que fazem parte da Organização das Nações Unidas (ONU); e (ii) qual é a melhor estimativa de cada participante sobre o percentual de países africanos que são membros da ONU.

Depois de seguirem os passos propostos, o grupo cujo número indicado na “roda da fortuna” foi 10 apresentou uma média de estimativa de 25% em relação aos países africanos que fazem parte da ONU; já os participantes do segundo grupo, que visualizaram o número 65 na “roda da fortuna”, estimaram para a referida percentagem uma média de 45%. A experiência evidenciou que os números indicados na “roda da fortuna” funcionaram como uma âncora, “puxando” o resultado para mais perto de si ou impedindo que a resposta a ser estimada se afastasse muito desses valores iniciais ou pontos de referência.

¹⁷⁷ Salienta-se que esse ponto de referência “[...] may be suggested by the formulation of the problem, or it may be the result of a partial computation”. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em:

<http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1128.

¹⁷⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1.24-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1128.

¹⁷⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018, p. 1128.

A depender da qualidade da informação utilizada como ponto inicial, a resposta ou estimativa apresentada pode efetivamente aproximar-se do resultado correto. Os equívocos são mais propensos “[...] quando, mesmo reconhecendo que dada âncora não fornece qualquer informação útil para a estimativa de um item, as pessoas ajustam a previsão a partir dela”¹⁸⁰. Revelam-se perigosos, portanto, os pontos de referência aleatórios, que nada têm a ver com os casos propostos. De outra banda, quando os valores iniciais guardam relação com a situação a ser estimada, a ancoragem demonstra a sua utilidade, já que funciona como fator de economia de esforço cognitivo.

Além dessas primeiras heurísticas descritas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, em março de 1979 os autores publicaram o artigo denominado “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, no qual passaram a criticar a teoria da utilidade esperada¹⁸¹ e o modelo da escolha racional, descrevendo diversas classes de problemas na tomada de decisão que revelaram que as preferências dos indivíduos violam sistematicamente os axiomas da abordagem neoclássica¹⁸².

As primeiras constatações relatadas basearam-se na premissa de que as pessoas percebem os resultados como ganhos e perdas e não como estados finais de riqueza ou de bem-estar, conforme preconizado pela teoria da utilidade esperada. Tais ganhos e perdas seriam definidos em relação a alguns pontos de referência, os quais corresponderiam ao “[...] estado anterior relativo ao qual ganhos e perdas são avaliados”¹⁸³.

¹⁸⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. *Vieses da justiça*: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva, p. 40.

¹⁸¹ Salienta-se que, na teoria da utilidade esperada, “[...] a utilidade de um ganho é aferida comparando-se as utilidades de dois estados de riqueza. Por exemplo, a utilidade de obter quinhentos dólares extras quando sua riqueza é de um milhão de dólares é a diferença entre a utilidade de 1.000.500 dólares a utilidade de um milhão de dólares. E se você possui a quantia maior, a desutilidade de perder quinhentos dólares é novamente a diferença entre as utilidades dos dois estados de riqueza. Nessa teoria, as utilidades de ganhos e perdas podem ser diferenciadas apenas pelo 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 perder 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.” KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 347.

¹⁸² TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

¹⁸³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 350.

Todavia, a localização do ponto de referência e a consequente visualização ou determinação dos ganhos e das perdas poderiam ser afetadas pela formulação das perspectivas oferecidas e pelas expectativas do tomador de decisão¹⁸⁴.

Nesse diapasão, as decisões tomadas pelas pessoas nem sempre se revelariam ótimas, pois a disposição dos indivíduos para correr riscos é influenciada pelo modo como as escolhas são apresentadas, ou seja, se do ponto de vista do tomador de decisão a escolha realizada geraria um ganho ou uma perda¹⁸⁵. Por exemplo, nestas duas situações: (i) “Problema 1: O que você prefere? Conseguir novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de conseguir mil dólares”; e (ii) “Problema 2: O que você prefere? Perder novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de perder mil dólares”¹⁸⁶.

No primeiro problema, segundo as conclusões advindas da teoria da perspectiva, o tomador de decisão tende a ser avesso ao risco, optando pelo ganho certo de novecentos dólares na medida em que “o valor subjetivo de um ganho de novecentos dólares é certamente mais de 90% do valor de um ganho de mil dólares”. Em relação ao segundo problema, a tendência do indivíduo é optar pela aposta de 90% de chance de perder mil dólares, pois “o valor (negativo) de perder novecentos dólares é muito maior do que 90% do valor (negativo) de perder mil dólares. A perda certa é muito aversiva [...]”¹⁸⁷, o que faz com que o tomador de decisão prefira arriscar perder mil dólares a ter a certeza de que perdeu novecentos dólares.

A *prospect theory*, por conseguinte, compreende duas fases¹⁸⁸ no processo de tomada de escolha: enquadramento ou edição e avaliação

¹⁸⁴ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 274.

¹⁸⁵ ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. 1. ed. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 29.

¹⁸⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 348.

¹⁸⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 348.

¹⁸⁸ Para Colin Camerer, a *Prospect Theory* possui quatro elementos importantes: “an editing stage in which rules either dictate choices or transform gambles before they are evaluated; choice of a reference point (from which gains and losses are measured); a riskless value function over gains and losses; and a function that weights probabilities nonlinearly and applies the resulting decision weights to outcomes, to evaluate gambles”

(*framing and valuation*). Na primeira etapa, “[...] o tomador de decisão constrói uma representação dos atos, contingências e os resultados relevantes para a decisão”¹⁸⁹, buscando analisar preliminarmente as perspectivas oferecidas, organizar e reformular as opções para a fase subsequente. Na segunda fase, “[...] as perspectivas editadas são avaliadas e a perspectiva de maior valor é escolhida”¹⁹⁰.

Convém salientar que um dos princípios¹⁹¹ sob o qual se funda a *prospect theory* é a aversão à perda, pois, “quando diretamente comparadas ou ponderadas em relação umas às outras, as perdas assomam como maiores do que os ganhos”¹⁹².

Amos Tversky e Daniel Kahneman, não obstante, observaram que as pessoas agem de forma a buscar o risco (*risk-seeking*) em duas situações específicas, quais sejam: (i) os indivíduos “[...] geralmente preferem uma pequena probabilidade de ganhar um grande prêmio sobre o valor esperado dessa perspectiva”; e (ii) a busca pelo risco é prevalente “[...] quando as pessoas devem escolher entre uma perda certa e uma probabilidade substancial de uma perda maior”¹⁹³.

(Individual decision making. In: KAGEL, John H.; ROTH, Alvim E (Ed.). *The handbook of experimental economics*. New Jersey: Princeton University Press, 1995, p. 624-625).

¹⁸⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em:

<http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 299, tradução livre. No texto original: “In the framing phase, the decision maker constructs a representation of the acts, contingencies, and outcomes that are relevant to the decision.”.

¹⁹⁰ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em:<<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 274, tradução livre. No texto original: “the edited prospects are evaluated and the prospect of highest value is chosen”.

¹⁹¹ Segundo Daniel Kahneman, outros dois princípios, que representam características cognitivas, estariam no “[...] coração da teoria da perspectiva”, quais sejam: (i) “a avaliação é relativa a um ponto de referência neutro, ao qual às vezes nos referimos como ‘nível de adaptação’. [...] Resultados do que são melhores do que os pontos de referência são ganhos. Abaixo do ponto de referência eles são perdas”; (ii) “Um princípio de sensibilidade decrescente se aplica tanto a dimensões sensoriais como à avaliação de mudanças de riqueza. [...] a diferença subjetiva entre novecentos dólares e mil dólares é muito menor do que a diferença entre cem dólares e duzentos dólares” (*Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 350-351).

¹⁹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 351.

¹⁹³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em:

À vista dos conceitos e das premissas ora explorados, que se reputam suficientes ao escopo do presente trabalho¹⁹⁴, pode-se dizer que a essência da *prospect theory* está no fato de que as pessoas não são vistas como maximizadoras de suas utilidades ao tomarem decisões, pois, considerando suas características cognitivas limitadas – a exemplo das consequências das heurísticas anteriormente mencionadas –, seriam elas guiadas “[...] pelo impacto emocional imediato de ganhos e perdas, não por perspectivas de longo prazo de riqueza e utilidade global”¹⁹⁵. Essa constatação revela que as pessoas tendem a fazer juízos imediatos sobre ganhos ou perdas – não necessariamente financeiros e, sim, de caráter emocional, a partir do senso subjetivo sobre qual escolha lhes trará a percepção de que algo foi alcançado e não perdido.

A percepção de ganho ou de perda dependerá, em grande parte, da forma como a escolha a ser tomada é apresentada ao indivíduo, o qual, segundo Amos Tversky e Daniel Kahneman, é predominantemente avesso à perda e, em situações em que há uma mera possibilidade de perda maior, torna-se um *risk seeking*. É que, consoante arremata Daniel Kahneman, “a dor de perder novecentos dólares é maior do que 90% da dor de perder mil dólares”¹⁹⁶.

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

A *prospect theory*, por conseguinte, afasta a noção puramente matemática e de informação totalmente disponível, de preferências

<http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 298, tradução livre.

¹⁹⁴ Há de se ressaltar que a *prospect theory* foi aprimorada ao longo do tempo, a exemplo da abordagem realizada por Amos Tversky e Daniel Kahneman no artigo “Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty”, publicado em 1992. Inclusive, para Chris Starmer, a *prospect theory* já compreenderia três gerações. (Entendendo preferências: o que podemos aprender com a economia comportamental? In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. 1. ed. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em:

<<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018, p. 66-67).

¹⁹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 357.

¹⁹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 355.

estáveis, transitivas e completas estabelecidas pelo modelo da escolha racional para enunciar que, em termos singelos, a depender de como a questão é apresentada, o indivíduo deixará guiar-se por suas sensações e emoções de ganhos e perdas imediatos em detrimento de perspectivas futuras e calculadas de maximização da utilidade.

Abordadas as principais nuances que resguardam a *prospect theory* e as três primeiras heurísticas descritas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, tendo em vista as limitações trazidas ao modelo da escolha racional por estes estudos e pela *bounded rationality*, de Herbert A. Simon, faz-se necessário analisar a decisão de litigar sob o enfoque destas teorias e de outros vieses cognitivos inerentes ao ser humano, em contraponto ao paradigma neoclássico.

Antes de proceder à referida análise, porém, abordar-se-á, de forma concisa, a existência e o significado de outras heurísticas e vieses cognitivos, notadamente as heurísticas do afeto, do excesso de confiança, e os vieses confirmatório e do otimismo, haja vista que as funções por estes exercidas parecem alcançar, especialmente no cenário do Poder Judiciário brasileiro, a decisão do potencial litigante acerca da propositura da ação judicial.

2.3 OUTRAS HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS: ENTENDENDO O CONTEXTO DA DECISÃO DE LITIGAR

Tendo em conta a limitação da racionalidade humana, já preconizada por Herbert A. Simon, conforme anteriormente abordado, as heurísticas e os vieses cognitivos têm importância e exaltam o seu lado positivo na medida em que assistem o ser humano na tomada de decisões cotidianas e, por consequência, permitem que o indivíduo resguarde sua energia para situações de maior complexidade e necessidade cognitivas. É o que se depreende da abordagem empírica realizada por Amos Tversky e Daniel Kahneman em relação às heurísticas da representatividade, da disponibilidade e da ancoragem, apontadas na seção 2.3.

Nesse sentir, as “heurísticas são estratégias mentais específicas usadas para resolver problemas específicos [...], é algo que fazemos [...]”; enquanto viés cognitivo, “é algo que acontece conosco”¹⁹⁷. Sem

¹⁹⁷ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*, p. 19, Tradução livre. Texto no original: “Heuristics are specific mental strategies used to solve specific problems. A heuristic might be said to be something that we ‘do’, whereas a bias is something that ‘happens’ to us. Nassim Nicholas Taleb ressalta que “a heurística corresponde ao estudo dos atalhos e os vieses correspondem aos erros.”

adentrar as especificidades da natureza de cada atalho cognitivo, não obstante as heurísticas e os vieses serem detentores de um relevante papel na vida diária do ser humano, por contribuírem para a rápida realização de diversas escolhas cotidianas, essa necessidade não afasta o fato de que “[...] a confiança em uma parte limitada das informações relevantes, às vezes, resulta em vieses sistemáticos e previsíveis que levam a decisões sub-otimizadas”¹⁹⁸.

Considerando-se que a visão de análise de custos e benefícios e de maximização da utilidade preconizada pelo modelo da escolha racional foi mitigada e aperfeiçoada ao longo da construção das teorias econômicas comportamentais, a demonstração de que a tomada de diversas decisões perpassa por mecanismos cognitivos, por emoções subjetivas e de caráter psicológico não refoge à escolha acerca da propositura de uma ação judicial.

Justamente por isso, antes de iniciar a análise específica da decisão de litigar ou de celebrar acordo sob os enfoques da *bounded rationality*, da *prospect theory* e das heurísticas e vieses já pormenorizados, é imprescindível conceituar e definir, ainda que de forma breve, outros atalhos cognitivos que podem estar constantemente presentes na escolha do potencial litigante entre propor, ou não, uma ação judicial. Para tanto, elegeram-se as heurísticas do afeto e do excesso de confiança, e os vieses cognitivos confirmatório, egocêntrico e do otimismo.

2.3.1 A heurística do afeto (*affect heuristic*)

A expressão *afeto* (*affect*), nos termos sublinhados por Melissa L. Finucane, Ali Alhakami e Paul Slovic, pode ser entendida por estado de sentimento que as pessoas experimentam, como felicidade, tristeza, raiva, ressentimento, satisfação, euforia, entre outros, e também no

(*A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 3. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009, p. 121).

¹⁹⁸ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118, 2013. Disponível em:

<<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 114, tradução livre. No texto original: “although such heuristics are generally adaptive and contribute to our daily life, the reliance on a limited part of the relevant information sometimes results in systemic and predictable biases that lead to sub-optimal decisions”.

sentido de qualidade, a exemplo das inclinações ou manifestações de bondade ou de maldade¹⁹⁹.

Coadunando-se com as nuances estabelecidas pela *bounded rationality* e pela *prospect theory*, sobretudo em relação à limitação da racionalidade humana, Robert Boleslaw Zajonc assevera que a tomada de decisão é uma das áreas onde pensamento e afeto permanecem em tensão recíproca e que, em verdade, em diversas escolhas realizadas pelos indivíduos diariamente, o elemento *afeto*²⁰⁰ desempenha um papel mais importante do que se gostaria de admitir²⁰¹.

Aprofundando essa argumentação, o autor enfatiza que as pessoas, em diversas situações, iludem-se ao acreditar que procedem de uma maneira racional na tomada de suas decisões e que pesam todos os prós e contras de várias alternativas – é provável, diz o estudioso, “[...] que esse raramente seja o caso”²⁰². A título de exemplo, cita casos em que “decidir a favor de X” não representa mais do que “eu gostei de X”²⁰³.

Em termos pragmáticos, significa dizer que as pessoas compram os carros de que gostam, escolhem os empregos e casas que mais lhes

¹⁹⁹ FINUCANE, Melissa L.; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul. The affect heuristic in judgments of risks and benefits. *Journal of Behavioral Decision Making*, v. 13, issue 1, p. 1-17, 2000. Disponível em:

<http://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/negot.%20papers/FinAlhSlovicJohn_AffectHeur00.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 2.

²⁰⁰ A noção de afeto abordada por Robert Boleslaw Zajonc restringe-se à classe de sentimentos “[...] involved in the general quality of behavior that underlies the approach-avoidance distinction. Thus, for the present purposes, other emotions such as surprise, anger, guilt, or shame [...] and others, are ignored” (Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, University of Michigan, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980. Disponível em:

<<http://testrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 152).

²⁰¹ ZAJONC, Robert Boleslaw. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, University of Michigan, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980. Disponível em: <<http://testrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 155.

²⁰² ZAJONC, Robert Boleslaw. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, University of Michigan, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980. Disponível em: <<http://testrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 155, tradução livre. No texto original: “[...] that this is rarely the case”.

²⁰³ ZAJONC, Robert Boleslaw. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, University of Michigan, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980. Disponível em: <<http://testrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 155, tradução livre. No texto original: “quite often ‘I decided in favor of X’ is no more than ‘I liked X’”.

pareçam atrativos e apenas depois “[...] justificam essas escolhas por várias razões que podem parecer convincentes para os outros, que nunca deixam de perguntar, ‘por que este carro?’ ou ‘por que esta casa?’”²⁰⁴. As informações coletadas sobre cada possibilidade ou alternativa de escolha, especialmente aquelas de caráter técnico ou econômico, portanto, serviriam mais para justificar a decisão tomada perante terceiros do que para efetivamente realizá-la ou sopesá-la com outros elementos.

Discorrendo sobre o protagonismo dos sentimentos e das emoções no processo de tomada de decisão, Melissa L. Finucane, Ali Alhakami e Paul Slovic ressaltam que, assim como a imaginação, a memorização e a semelhança, a exemplo das heurísticas da disponibilidade e da representatividade destacadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, podem encurtar ou sugerir a determinação das probabilidades de ocorrência de um evento, o *afeto* também pode influenciar diversos julgamentos importantes.

Em outros termos, não se pode desconsiderar dos elementos levados em consideração pelas pessoas no processo de tomada de decisão questões de cunho emocional e sentimental, as quais, muitas vezes, irão se sobrepor aos dados concretos referentes a cada alternativa. A heurística do afeto, assim, traz à tona o fato de que os julgamentos e as decisões podem ser “[...] orientados diretamente por sentimentos como gostar ou não gostar, com pouca deliberação ou raciocínio”²⁰⁵.

Essa constatação não refoge à análise da tomada de decisão acerca da propositura, ou não, de uma ação judicial. Conforme se demonstrará no próximo capítulo, a heurística do afeto pode ser um atalho cognitivo importante nesse processo decisório, na medida em que, por exemplo, tende a provocar a desconsideração de diversas informações relevantes ao ajuizamento de uma demanda em prol de sentimentos ou emoções eventualmente percebidos pelo potencial litigante.

²⁰⁴ ZAJONC, Robert Boleslaw. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, University of Michigan, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980. Disponível em: <<http://testrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018, p. 155, tradução livre. No texto original: “justify those choices by various reasons that might appear convincing to others who never fail to ask us, ‘why this car?’ or ‘why this house?’”.

²⁰⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 21.

2.3.2 A heurística do excesso de confiança (*overconfidence heuristic*)

Baruch Fischhoff, Paul Slovic e Sarah Lichtenstein apontam dois aspectos do conhecimento humano que devem ser levados em consideração na análise de respostas e de julgamentos realizados pelas pessoas: o que acreditam ser verdade e o quanto confiam em suas crenças²⁰⁶. Ou seja, a determinação do grau de certeza e de confiança que as pessoas tendem a demonstrar em suas ponderações, respostas ou julgamentos contrastam com a aceitação da existência da dúvida, da ambiguidade e com a suposta exatidão das informações obtidas.

Esclarecendo a questão, por meio de diversas perguntas genéricas direcionadas aos candidatos de suas pesquisas, como, por exemplo, “qual é a capital do Equador?”, Baruch Fischhoff, Paul Slovic e Sarah Lichtenstein demonstraram empiricamente que “[...] as pessoas tendem a ser excessivamente confiantes, isto é, elas exageram sobre o que sabem ser correto”²⁰⁷. Aliás, ao discorrer acerca da pesquisa realizada pelos referidos autores, Massimo Piatelli-Palmarini ressaltou que “[...] a discrepância entre a exatidão da resposta e o excesso de confiança aumenta à medida que o respondente é mais bem informado”²⁰⁸.

A partir dessas constatações, pode-se dizer que a relação entre as informações obtidas, sem diferenciar aspectos quantitativos e qualitativos, e o grau de excesso de confiança no julgamento realizado ou na resposta concedida à determinada pergunta é direta. Quanto mais conhecimento sobre determinada questão a pessoa detiver, maior será o seu excesso de confiança, por entender que a sua ponderação acerca do assunto é ou está correta.

²⁰⁶ FISCHHOFF, Baruch; SLOVIC, Paul; LICHTENSTEIN. Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, Washington, DC, v. 3, n. 4, p. 552-564, 1977. Disponível em: <<https://nuovoetile.it/wp-content/uploads/2014/10/Knowing-with-certainty.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2018, p. 552.

²⁰⁷ FISCHHOFF, Baruch; SLOVIC, Paul; LICHTENSTEIN. Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*. Washington, DC, v. 3, n. 4, p. 552-564, 1977. Disponível em: <<https://nuovoetile.it/wp-content/uploads/2014/10/Knowing-with-certainty.pdf>>. Acesso em: 5 de maio de 2018, p. 552, tradução livre. No texto original: “[...] is that people tend to be overconfident, that is, they exaggerate the extent to which what they know is correct”.

²⁰⁸ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*, p. 119, tradução livre. No texto original: “[...] the discrepancy between correctness of response and overconfidence *increases* as the respondent is *more knowledgeable*”.

De outra banda, quando o indivíduo não compreende ou tem pouco conhecimento sobre um assunto específico, a tendência é que ele demonstre um baixo ou reduzido grau de excesso de confiança. É evidente que a precisão da resposta a ser dada ou do julgamento a ser realizado aumenta à medida que o indivíduo tem mais conhecimento sobre a área perquirida. A problemática, no entanto, exsurge quando se verifica que, para além do aumento do nível de exatidão da ponderação a ser feita, “[...] o nível de excesso de confiança aumenta para um grau muito maior”²⁰⁹.

Em outros termos, quanto mais conhecimento se detém sobre determinado problema/questão, maior é o nível de precisão da resposta ou do julgamento realizado. Por outro lado, o nível de excesso de confiança ultrapassa a proporcionalidade dessa relação; quer dizer, se é maior o nível de precisão com o aumento do conhecimento, maior também tende a ser o nível de excesso de confiança – o que pode suscitar erros sistemáticos no processo decisório.

Por exemplo, imagine-se que Brian é piloto de avião há trinta anos, colecionando uma vultosa quantia de horas de voo. Não se discute, portanto, que Brian é um experiente piloto de avião e detém um grande conhecimento sobre aviação, inclusive do ponto de vista técnico. Em determinada ocasião, uma aeronave pilotada por outro profissional da aviação cai em meio ao oceano e desaparece da tela dos radares.

Mesmo sem ter sido encontrada, os diversos meios de comunicação começam a divulgar e a relatar os problemas da aeronave até então conhecidos, em face das últimas comunicações realizadas entre o piloto e o controle aéreo. Brian, então, diante das informações obtidas, sem aferir a sua acuracidade, logo se convence, conclui e diz a terceiros que a queda do avião ocorreu por conta de uma falha elétrica da aeronave, sem aparentar ter qualquer dúvida a esse respeito.

Dias depois, após a aeronave ser encontrada e devidamente periciada, constata-se que a sua queda ocorreu por conta de falha humana, especificamente do copiloto, que deixou de realizar um determinado procedimento técnico. Ou seja, as informações antes divulgadas, somadas ao extenso grau de conhecimento de Brian, levaram-no a concluir de forma equivocada o motivo do acidente aéreo. O grau de confiança em sua resposta era tão alto – diante do

²⁰⁹ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*, p. 119, tradução livre. No texto original: “[...] the level of overconfidence increases to a far greater degree”.

conhecimento técnico e da experiência que detinha –, que qualquer dúvida ou possível ambiguidade foi suprimida de sua reflexão.

A heurística do excesso de confiança, portanto, como a própria nomenclatura sugere, faz com que os indivíduos depositem um alto grau de confiança em seus julgamentos e em suas respostas, e essa crença tende a ser excessivamente maior quanto mais *bem* informadas as pessoas estiverem. Todavia, conforme se depreende do exemplo aqui apresentado, essas informações podem ser de baixa qualidade e em quantidade insuficiente para a realização de uma ponderação ou de uma escolha segura, de modo que a presença do excesso de confiança pode gerar falhas no processo decisório²¹⁰ – inclusive na escolha atinente à litigância, como se verá no último capítulo deste trabalho.

2.3.3 O viés confirmatório (*confirmation bias*)

De forma direta, esclarece Scott Plous que o viés confirmatório “[...] se refere a uma preferência por informações que sejam consistentes com uma hipótese e não com as informações que a opõem”²¹¹. Ou seja, as pessoas têm a tendência de buscar, interpretar e coletar informações de uma maneira ou a partir de um caminho que confirme suas crenças pré-existentes ou suas hipóteses previamente estabelecidas.

Para Richard Birke e Craig R. Fox, além de as pessoas se inclinarem a buscar subsídios que confirmem suas crenças anteriores, elas tendem a ignorar ou a derrogar informações que refutem essas prévias hipóteses ou concepções²¹². Sob essa perspectiva, Eyal Peer e Eyal Gamliel destacam que o viés confirmatório pode levar as pessoas a realizar julgamentos e a tomar decisões tendenciosas ou enviesadas, justamente por atuar de forma a fazer com que os indivíduos procurem, sistematizem e interpretem as informações de uma maneira consistente e harmônica com suas prévias suposições²¹³.

²¹⁰ Nesse sentir, Scott Plous salienta que “no problem in judgment and decision making is more prevalent and more potentially catastrophic than overconfidence” (*The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill, 1993, p. 217).

²¹¹ PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*, p. 233, tradução livre. No texto original: “[...] it usually refers to a preference for information that is consistent with a hypothesis rather than information which opposes it”.

²¹² BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 2.

²¹³ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118, 2013. Disponível em:

Em outros termos, primeiro toma-se a decisão ou chega-se à determinada conclusão para, depois, identificar nas informações obtidas elementos, dados ou referências que as corroborem. No universo jurídico, conforme se abordará nos próximos capítulos e com a devida profundidade, a atuação do viés confirmatório é considerável, relevante e capaz de provocar inúmeros prejuízos no contexto dos processos judiciais e da formulação de acordos.

A título de exemplo, consoante relatam Richard Birke e Craig R. Fox²¹⁴, os advogados, de maneira geral, tendem a buscar informações que deem suporte aos seus pontos de vista, em detrimento dos elementos que, eventualmente, confirmem ou amparem as hipóteses de seus oponentes. Segundo estes autores, os advogados são mais propensos a trabalhar apenas “do seu lado” do caso e tendem a interpretar as informações obtidas de uma maneira que confirme suas crenças pré-estabelecidas, especialmente sobre as chances de prevalecer em suas teses.

Essa falha cognitiva, não raro, atua como barreira à celebração de acordos mutuamente benéficos, já que a sua presença pode contribuir para que os advogados ignorem informações que amparam as conclusões ou objeções da parte adversa, tornando-os menos flexíveis e menos cooperativos. Nestes termos, enfatiza Nassim Nicholas Taleb que “qualquer pessoa que procure por confirmações encontrará um número suficiente delas para enganar a si próprio – e também, sem dúvida, a seus colegas”²¹⁵.

Desde logo, por conseguinte, pode-se vislumbrar o perigo inerente ao viés confirmatório, notadamente na seara jurídica e no que diz respeito à tomada de decisão no contexto do processo judicial e da celebração de acordos, questões estas que, como mencionado, serão aprofundadas nos próximos capítulos.

<<http://aja.nesc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 115.

²¹⁴ BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 2.

²¹⁵ TALEB; Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*, p. 27.

2.3.4 O viés egocêntrico (*egocentric bias*)

As pessoas, conhecedoras de seus pensamentos e emoções, tendem a prestar mais atenção em si mesmas do que em outros indivíduos²¹⁶. Esse fato, consubstanciado no acesso irrestrito a si próprio, “[...] pode exercer uma influência desproporcional sobre vários tipos de julgamento. Quando isso acontece, essa tendência é conhecida como viés egocêntrico”²¹⁷.

O fato de as pessoas perceberem o mundo através dos próprios olhos e experimentarem os acontecimentos por meio de seus sentidos e estado cognitivo, faz com que as perspectivas individuais sejam vivenciadas diretamente, enquanto as perspectivas de terceiros somente possam ser inferidas. Desse modo, tendo em vista que experimentar algo é mais eficiente do que inferir, as pessoas tendem a interpretar os acontecimentos de forma egocêntrica, apenas corrigindo ou ajustando sua interpretação posteriormente e quando necessário for²¹⁸.

Entre as consequências advindas da atuação do viés egocêntrico, segundo Nicholas Epley e Eugene M. Caruso, figura a possibilidade de as pessoas realizarem diversos julgamentos ou chegarem a determinadas conclusões de forma egocentricamente tendenciosa. Por exemplo, as pessoas possuiriam a tendência de superestimar tanto a percepção de como seus estados internos ou subjetivos são transparentes aos outros

²¹⁶ Destacam Thomas Gilovich, Kenneth Savitsky e Victoria Husted Medvec que “most of us stand out in our own minds. Whether in the midst of a personal triumph or an embarrassing mishap, we are usually quite focused on what is happening to us, its significance to our lives, and how it appears to others. Each of us is the center of our own universe” (The spotlight effect in social judgment: an egocentric bias in estimates of the salience of one’s own actions and appearance. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, DC, v. 78, n. 2, p. 211-222, 2000. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/3d2a/1c99395124bf9372e1493f314f6990a78473.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018, p. 211).

²¹⁷ SAVITSKY, Ken. Egocentric bias. In: BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D. (Ed.). *Encyclopedia of Social Psychology*. California: Sage Publications, 2007, v. 1, p. 278, tradução livre. No texto original: “[...] can exert a disproportionate influence on various kinds of judgments. When it does, that tendency is known as an egocentric (i.e., self-centered) bias”.

²¹⁸ EPLEY, Nicholas; CARUSO, Eugene M. Egocentric ethics. *Social Justice Research*, v. 17, n. 2, p. 171-187, jun. 2004. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20141014141205/http://faculty.chicagobooth.edu/eugene.caruso/docs/ego_ethics.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 173.

quanto a intensidade com que os demais indivíduos compartilham suas crenças, suas atitudes, seus conhecimentos e suas reações²¹⁹.

Trazendo uma simples e real hipótese, Michael Ross e Fiore Sicoly mencionam o exemplo de quando duas pessoas realizam um projeto de pesquisa e surge o questionamento sobre quem deve ser apresentado como o primeiro autor. Muitas vezes, dizem os estudiosos, parece que as ambos se sentem inteiramente justificados e confortáveis em reivindicar essa honra, na medida em que acreditam ter contribuído mais para a concretização do projeto do que o outro²²⁰.

Esse exemplo, portanto, evidencia a tendência de as pessoas perceberem suas habilidades ou suas realizações de um modo egocêntrico e, mais que do que isso, de que são inclinadas a acreditar e a estimar que estão acima da média em relação aos demais indivíduos, em diversas áreas ou categorias de atuação, o que inclui desde suas aptidões ou performance profissional até a determinação de quem dirige melhor um automóvel²²¹.

Como se verá adiante, os efeitos do viés egocêntrico podem minar ou mesmo diminuir as chances da celebração de acordo entre as partes. De um lado, sobretudo em disputas que envolvam a realização de um projeto conjunto, o potencial litigante e o eventual demandado tendem a acreditar que contribuíram mais para a concretização do plano do que o outro e, por isso, superestimam os seus esforços e não visualizam aqueles empregados pela parte adversa. Isso ocorre porque, como mencionado anteriormente, os empenhos individuais são sentidos, vividos ou experienciados, enquanto aqueles realizados pelo outro são apenas inferidos.

Revela-se árdua, nesse contexto, a tarefa de mostrar às partes que, talvez, uma tenha contribuído mais que a outra para a concretização do

²¹⁹ EPLEY, Nicholas; CARUSO, Eugene M. Egocentric ethics. *Social Justice Research*, v. 17, n. 2, p. 171-187, jun. 2004. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20141014141205/http://faculty.chicagobooth.edu/eugene.caruso/docs/ego_ethics.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 173-174.

²²⁰ ROSS, Michael; SICOLY, Fiore. Egocentric biases in availability and attribution. *Journal of Personality and Social Psychology*. Washington, DC, v. 37, n. 3, p. 322-336, 1979. Disponível em: <[https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322_\(Ross\).pdf](https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322_(Ross).pdf)>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 322.

²²¹ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777-830, maio 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 811.

plano ou, pelo menos, que o empenho de ambas ocorreu em igual nível. Ademais, a atuação do viés egocêntrico permeia o papel desempenhado pelo advogado, sobretudo em relação à estimativa de suas habilidades ou qualidades profissionais e quanto à tentativa de determinar a probabilidade de êxito do caso que lhe é apresentado – o que pode levar as partes à tomada de uma decisão enviesada no contexto das negociações ou do processo judicial.

2.3.5 O viés otimista (*optimistic bias*)

De maneira genérica e subjetiva, o viés otimista pode ser visualizado como “[...] a capacidade de contestar pensamentos catastróficos recorrentes de forma eficaz [...]”²²². Conforme mencionado no início da presente pesquisa, a definição do viés otimista está atrelada às expectativas das pessoas sobre a ocorrência de certos eventos e a concretização de determinados projetos.

Nesse sentir, quando as expectativas se revelam como melhores do que a realidade, o viés atuante é o otimista. Por outro lado, se as expectativas forem piores do que a realidade, o viés é pessimista²²³. Ou seja, enquanto as pessoas otimistas esperam que boas coisas lhes aconteçam, os indivíduos pessimistas são definidos como aqueles que já esperam que os piores cenários se concretizem em suas vidas: um antecipa o sucesso, o outro o fracasso ou o desastre²²⁴.

Embora não seja uma panaceia, conforme destacado por Martin E. P. Seligman, ser otimista traz inúmeros benefícios, como proteção contra a depressão, elevação do nível de conquista do indivíduo,

²²² SELIGMAN, Martin E. P.; VERKUIL, Paul R.; KANG, Terry H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, v. 10, n. 1, p. 49-66, 2005. Disponível em: <<http://www.myassistplan.com/Content/LSUC/Articles/WhyLawyersareUnhappy.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. 57, tradução livre. No texto original: “optimism is the ability to dispute recurrent catastrophic thoughts effectively [...]”.

²²³ SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, v. 21, Issue 23, p. R941-R945, dec. 2011. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. R941.

²²⁴ O'GRADY, Catherine Cage. Cognitive optimism and professional pessimism in the large-firm practice of law: the optimistic associate. *Law & Psychology Review*, v. 30, p.23-55, 2006. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=931009020100123071089106095096008098096084018006060085124104022024105024086026086096056033123048021034111127095088099103071095123076062000041113093085031099076086123005012001093089091094116094094102068093095006127091109007004127072004026077113082081099&EXT=pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. 28.

melhoraria do seu bem-estar físico e, além de tudo, “[...] é um estado mental muito mais agradável de se estar”²²⁵. Para Daniel Kahneman, “o principal benefício do otimismo é a resiliência em face dos reveses” e, “em essência, o estilo otimista envolve receber o crédito pelos triunfos, mas pouca culpa pelos fracassos”²²⁶.

A despeito de parecer positivo ser otimista, por promover ação, resiliência e comprometimento, Rose Trevelyan assevera que o otimismo é útil até certo ponto, pois em determinado nível de atuação e a depender do contexto da situação pode tornar-se prejudicial²²⁷. Sob esse aspecto, Daniel Kahneman também opina, salientando que, “quando combinados, os fatores emocionais, cognitivos e sociais que apoiam o otimismo exagerado são uma poção inebriante, que por vezes leva as pessoas a assumir riscos que teriam evitado se soubessem das chances”²²⁸.

Nesse vértice, Shelley E. Taylor e Jonathon D. Brown assinalam que o viés otimista pode fazer com que a pessoa realize avaliações positivas irreais sobre si e acerca dos planos e eventos futuros, além de ser responsável pela ilusão de estar no controle dos acontecimentos da vida. Por essa razão, as pessoas tendem a acreditar que o presente é melhor do que o passado e que o futuro certamente será melhor. Em exemplos práticos, pode-se dizer que o indivíduo possui a tendência de acredita que gostará do primeiro emprego, receberá uma boa remuneração e, sem dúvida, terá um filho talentoso²²⁹.

O viés otimista, portanto, faz com que as pessoas diminuam ou, por vezes, desconsiderem as chances de sofrer alguma tragédia ou revés em suas vidas, como se envolver em um acidente automobilístico, ser vítima do cometimento de um crime ou adquirir alguma doença. Com

²²⁵ SELIGMAN, Martin E. P. *Learned optimism: how to change your mind and your life*. New York: Vintage Books, 2006, p. 16, tradução livre.

²²⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 329.

²²⁷ TREVELYAN, Rose. Optimism, overconfidence and entrepreneurial activity. *Management Decision*, v. 46, n. 7, p. 986-1001, 2008. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=66508407108409510508108308906909407405702204009302204411712612710512508909308206507410704904410012212503900907500612309411602402602706301308012109008807012311113018062067092076125084066017071110122067116025084001086117019112004068121078126022125000&EXT=pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. 990.

²²⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 328-329.

²²⁹ TAYLOR, Shelley E; BROWN, Jonathon D. Illusion and well-being: a social psychological perspective on mental health. *Psychological Bulletin*, v. 103, n. 2, p. 193-210, 1988. Disponível em:

<http://humancond.org/_media/papers/taylor_brown_88_illusion_and_well_being.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018, p. 196.

efeito, “a maioria das pessoas parece estar dizendo: o futuro será ótimo, especialmente para mim”²³⁰.

Não obstante os benefícios de ser otimista, na medida em que, de fato, do comprometimento e da resiliência podem advir bons resultados ou acontecimentos, a percepção positiva irreal e muitas vezes ilusória do presente e do futuro podem gerar a tomada de decisões enviesadas. Essa constatação se aplica, além das searas interpessoal e íntima, às esferas econômica e jurisdicional.

Uma das manifestações negativas do viés otimista, consoante destacado por Daniel Kahneman, por exemplo, diz respeito à confiança excessiva muitas vezes desmonstrada pelos chefes de operações financeiras de diversas empresas (CFOs) na realização de análises de mercado. A superconfiança desses profissionais, entretanto, não se restringiu apenas aos índices mercadológicos, eles também se revelaram otimistas quanto às perspectivas de suas próprias empresas, as quais acabavam assumindo mais riscos do que as outras²³¹.

Todavia, é interessante notar que “falar a realidade” sobre as perspectivas de mercado seria “[...] algo socialmente inaceitável para alguém que é pago para mostrar conhecimento em assuntos financeiros. Mesmo que soubessem como sabem pouco, os executivos seriam penalizados por admiti-lo”. Nesse sentido, salienta Daniel Kahneman que “[...] o otimismo é altamente valorizado, socialmente e no mercado; as pessoas e empresas antes recompensam gente que fornece informação perigosamente enganosa do que gente que fala a verdade”²³².

O viés otimista, portanto, está intimamente ligado ao excesso de confiança e à tomada de decisões arriscadas²³³. Ora, pessoas otimistas tendem a fazer previsões sobre o seu futuro ou sobre o que ocorrerá em determinada questão de modo correspondente ao que elas *gostariam* de

²³⁰ TAYLOR, Shelley E; BROWN, Jonathon D. Illusion and well-being: a social psychological perspective on mental health. *Psychological Bulletin*, v. 103, n. 2, p. 193-210, 1988. Disponível em:

<http://humancond.org/_media/papers/taylor_brown_88_illusion_and_well_being.pdf>.

Acesso em: 21 maio 2018, p. 197, tradução livre. No texto original: “most people seem to be saying: the future will be great, especially for me”.

²³¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 327.

²³² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 327-328.

²³³ Nessa linha, Daniel Kahneman e Dan Lovallo ressaltam que “optimism and the illusion of control increase risk taking in several ways” (Timid choices and bold forecasts: a cognitive perspective on risk taking. *Management Science*, v. 39, n. 1, p. 17-31, jan. 1993. Disponível em:

<<http://bear.warrington.ufl.edu/brenner/mar7588/Papers/kahneman-lovallo-mansci1993.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018, p. 28).

ver acontecer ou acreditam que seja socialmente recomendável, em detrimento do objetivamente provável²³⁴.

Na esperança de ver concretizada a expectativa idealizada, as pessoas otimizistas tendem a tomar decisões mais arriscadas, ora diminuindo para 0% (zero) a possibilidade de fracasso, ora aumentando para 100% a probabilidade de êxito. Ou seja, diante do viés otimista, exsurge a tendência de as pessoas desconsiderarem as probabilidades de insucesso ou de falha, sobretudo quando essa possibilidade for pequena.

Entretanto, não se pode confundir ou despendar o mesmo tratamento para hipóteses em que a ocorrência de fracasso é remota e para casos em que essa possibilidade é inexistente. O risco pautado no otimismo está justamente em acreditar ou, melhor, em transformar a probabilidade de insucesso existente em algo impossível de se concretizar – tendência esta que aumenta quanto menor for a possibilidade de fracasso ou quanto maior for a probabilidade de êxito.

De uma forma ou de outra, eventuais falhas tendem a ser desconsideradas e é aí que reside o perigo. Na esfera jurisdicoidal, conforme se demonstrará com o devido aprofundamento nos próximos capítulos, o viés otimista pode atuar em diversas *frentes*, seja nas decisões e no modo de atuar e de agir dos advogados e das partes, seja nas deliberações realizadas pelos demais operadores do direito, como magistrados e promotores de justiça.

Convém salientar, ainda, que as características predominantes relativas ao otimismo e ao pessimismo – resultantes do sopesamento das expectativas com os resultados esperados – não são excludentes. Ou seja, no presente trabalho, adota-se uma abordagem não linear, não bipolar ou não opositiva, no sentido de afastar a posição de que uma pessoa ou é otimista ou é pessimista, como se estas características fossem excludentes e os indivíduos somente pudessem ser classificados em uma ou em outra categoria.

Em verdade, uma pessoa pode ser mais otimista ou pessimista a depender da situação enfrentada ou do contexto em que se encontra. Nesse sentido, como resultado de um processo cognitivo, o indivíduo poderia aprender a ser mais ou menos otimista/pessimista e, por consequência, escolher quando ser otimista e quando ser pessimista em

²³⁴ TAYLOR, Shelley E; BROWN, Jonathon D. Illusion and well-being: a social psychological perspective on mental health. *Psychological Bulletin*, v. 103, n. 2, p. 193-210, 1988. Disponível em:

<http://humancond.org/_media/papers/taylor_brown_88_illusion_and_well_being.pdf>.

Acesso em: 21 maio 2018, p. 197.

determinada conjuntura da vida, conforme defendido por Martin E. P. Seligman²³⁵ e Catherine Gage O’Grady²³⁶.

Ainda que essas características possam ser modificadas ou aprendidas, nos âmbitos profissional e jurisdicional, por exemplo, os advogados são vistos como indivíduos notoriamente avessos ao risco²³⁷. Para Catherine Gage O’Grady, as profissões ligadas ao direito têm sido reconhecidas como uma das poucas em que “[...] o pessimismo é provavelmente uma característica útil e não mal-adaptativa”²³⁸.

Isso se deve, em grande parte, consoante ressaltado por Martin E. P. Seligman, ao fato de o pessimismo abranger certas dimensões positivas, como, por exemplo, a prudência. Uma prudente perspectiva, diz o autor, em conjunto com cautela, ceticismo e apreciação da realidade, pode revelar-se uma virtude para os advogados, permitindo que vejam – e não simplesmente desconsiderem – armadilhas ou desastres que podem ocorrer nas situações apresentadas²³⁹.

Na avaliação de Oren Bar-Gill, contudo, “a lei pode desempenhar um papel importante na formação da percepção”, ou seja, “não apenas

²³⁵ SELIGMAN, Martin E. P. *Learned optimism: how to change your mind and your life*.

²³⁶ O’GRADY, Catherine Gage. Cognitive optimism and professional pessimism in the large-firm practice of law: the optimistic associate. *Law & Psychology Review*, v. 30, p. 23-55, 2006. Disponível em:

<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=931009020100123071089106095096008098096084018006060085124104022024105024086026086096056033123048021034111127095088099103071095123076062000041113093085031099076086123005012001093089091094116094094102068093095006127091109007004127072004026077113082081099&EXT=pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018.

²³⁷ BERRY, Chelsea. A proposal to study the effect of optimism, overconfidence and the planning fallacy on lawyers ability to secure favorable results for clientes. *Prize Winning Papers*, 7, p. 1-16, 2017. Disponível em:

<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=prize_papers>. Acesso em: 27 maio 2018, p. 1.

²³⁸ O’GRADY, Catherine Gage. Cognitive optimism and professional pessimism in the large-firm practice of law: the optimistic associate. *Law & Psychology Review*, v. 30, p. 23-55, 2006. Disponível em:

<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=931009020100123071089106095096008098096084018006060085124104022024105024086026086096056033123048021034111127095088099103071095123076062000041113093085031099076086123005012001093089091094116094094102068093095006127091109007004127072004026077113082081099&EXT=pdf>>. Acesso em: 27 maio 2018, p. 37, tradução livre. No texto original: “law has been recognized as one of the few professions where pessimism is likely to be helpful characteristic rather than maladaptive”.

²³⁹ SELIGMAN, Martin E. P.; VERKUIL, Paul R.; KANG, Terry H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, v. 10, n. 1, p. 49-66, 2005. Disponível em: <<http://www.myassistplan.com/Content/LSUC/Articles/WhyLawyersareUnhappy.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. 56.

os vieses cognitivos afetam o funcionamento das regras legais, mas as próprias regras legais influenciam o tipo e a magnitude dos vieses cognitivos predominantes”²⁴⁰. Com efeito, a abordagem no sentido de que os profissionais do direito, em especial os advogados, seriam pessoas pessimistas e avessas ao risco não pode ser vista como absoluta.

Essa constatação ou classificação depende, em verdade, do ambiente legal em que os mencionados profissionais estão inseridos. No contexto do Poder Judiciário brasileiro, salientando-se que essa questão será mais bem delineada no último capítulo deste trabalho, as regras legais, a sua forma de aplicação e as consequências advindas – sobretudo a imprevisibilidade das decisões judiciais e a ausência ou existência de custas e despesas processuais reduzidas – geram um ambiente propício à atuação do viés otimista.

²⁴⁰ BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*. Oxford, UK, v. 22, n. 2005, p. 492, tradução livre. Artigo enviado pelo autor por meio do e-mail bargill@law.harvard.edu em setembro de 2017. No texto original: “the law can play an important perception-shaping role.” “Not only do cognitive biases affect the operation of legal rules, but the legal rules themselves influence the type and magnitude of the prevailing cognitive biases”.

3 A DECISÃO DE LITIGAR OU DE CELEBRAR UM ACORDO SOB OS ENFOQUES DA *BOUNDED RACIONALITY*, DA *PROSPECT THEORY*, DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS

De acordo com a teoria da escolha racional, conforme assentado no início do presente trabalho, os potenciais litigantes buscam maximizar suas riquezas por meio do sistema legal, optando ou não por celebrar um acordo a partir de escolhas consistentes e racionais. Basicamente, sopesando as variáveis da probabilidade de êxito da demanda, do benefício esperado, das custas e das despesas processuais e contratuais, diante da premissa de que todas as informações relevantes estão disponíveis, o potencial litigante tenderá a comparar o valor financeiro oferecido para a celebração de acordo com a expectativa de ganho relativa à propositura da ação judicial.

Nos termos preconizados pela abordagem neoclássica, o curso de ação a ser selecionado será aquele com a maior expectativa de obtenção de benefício, em prol da maximização da utilidade da decisão a ser tomada. Presumindo-se que as partes são neutras quanto ao aspecto risco, o ajuizamento da ação ocorrerá quando a projeção do resultado esperado com o julgamento da demanda for superior a todas as despesas relativas ao litígio e, ainda, quando a proposta ofertada pelo eventual demandado for insuficiente à cobertura do valor perquirido.

Na hipótese de o potencial litigante ser pessoa avessa ao risco, haverá uma maior tendência de ocorrer a celebração de acordo na medida em que a sua concretização eliminaria a possibilidade de perda. Como dito por Alan Mitchell Polinsky, quanto mais avessas ao risco forem as partes, mais fortes serão suas preferências pela realização do acordo²⁴¹, pois, em maior ou menor grau, nos termos aduzidos por Steven Shavell, toda propositura de ação judicial é um empreendimento de risco²⁴².

A despeito do caráter instrumental inerente ao modelo da escolha racional, já destacado neste trabalho, os principais postulados estabelecidos pela abordagem neoclássica, notadamente os relativos à tomada de decisão fundada em critérios únicos de análise de custos e benefícios, foram atualizados ao longo do desenvolvimento das teorias comportamentais.

²⁴¹ POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*, p. 139.

²⁴² SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 406.

Essa constatação resultou clara a partir da análise das teorias firmadas por Herbert A. Simon, precursor da *bounded rationality*, e por Daniel Kahneman e Amos Tversky, com a concepção da *prospect theory*. Ambas as teorias, em grau e em profundidade diversos, possibilitaram a inserção de elementos psicológicos, de caráter subjetivo, e cada uma, a seu modo, demonstrou que a racionalidade da abordagem neoclássica não acontece no dia a dia do ser humano, cuja natureza, também emocional, afasta-o da possibilidade de sempre realizar as melhores escolhas entre as alternativas existentes²⁴³.

Esse modo de ser e de agir do ser humano, pautado na racionalidade com pinceladas ou aglomerações de questões emocionais e de vieses cognitivos, também está presente nas decisões relativas à litigância. Significa dizer que nem sempre ou até mesmo na minoria das vezes as pessoas conseguem tomar a decisão sobre propor ou não uma ação judicial sopesando tão somente dados de custos e de benefícios ou fazendo uma análise puramente matemática entre litigar ou celebrar um acordo.

Não se questiona se os potenciais litigantes e os eventuais demandados *tentam* buscar e atingir os melhores resultados para si, inclusive durante as negociações para a celebração de acordos ou mesmo durante o trâmite processual, como barganhar as cláusulas contratuais que lhes sejam mais benéficas ou tomar uma decisão sobre apresentar uma nova prova em juízo ou recorrer às cortes superiores. Apenas a forma como essas escolhas são feitas é que tendem a não se aproximar da exatidão de análise de custo e de benefício defendida, *a priori*, pelo modelo da escolha racional – o que não afasta a premissa básica de que as partes se esforçam e almejam²⁴⁴ alcançar a decisão ótima.

Nesse diapasão, assim como a visão humana está à mercê de diversas ilusões de óptica, como as distorções causadas pelas miragens,

²⁴³ Em consonância, George A. Quattrone e Amos Tversky consignam que “the objections to the rationality assumption were primarily psychological. The human animal, it has been argued, is often controlled by emotions and desires that do not fit the model of calculating rationality” (Contrasting rational and psychological analyses of political choice. In: KAHNEMAN Daniel; TVERSKY, Amos (Ed.). *Choices, values and frames*. New York: Russell Sage Foundation, 2000, p. 452).

²⁴⁴ Nesse sentido, Jeffrey J. Rachlinski assenta que “[...] that suboptimal choices often result from the limitations of human decisionmaking skills rather than from a lack of effort or motivation” (Gains, losses and the psychology of litigation. *Cornell Law Faculty Publications*, Paper n. 795, p. 114-185, 1996. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1754&context=facpub>>. Acesso em: 24 abril 2018, p. 118.

a projeção do *melhor* resultado e do *melhor* curso de ação pela mente racional do ser humano exsurge enevoadada por heurísticas e vieses cognitivos²⁴⁵. Além da reconstrução dos pressupostos iniciais do modelo da escolha racional pela *bounded rationality*, como a substituição da maximização da utilidade das decisões pela premissa da satisfação, as heurísticas, os vieses cognitivos e as demais concepções abarcadas pela *prospect theory* podem ser avaliados sob a perspectiva da decisão de litigar.

Pontualmente, Russel Korobkin e Chris Guthrie destacam que a lista de razões pelas quais o comportamento das partes, especialmente do potencial litigante, não se encaixa nas premissas do modelo da escolha racional é extensa: (i) as pessoas não litigam apenas por dinheiro – o que afasta a análise única de custo-benefício; (ii) os litigantes podem não querer celebrar acordo com a finalidade de estabelecer um precedente; (iii) as pessoas podem optar pelo litígio apenas para expressar seus sentimentos, para serem ouvidas diante de um juiz e satisfazer seu senso de direito ou de justiça em relação ao uso dos tribunais²⁴⁶.

Além disso, como se demonstrará nas seções subsequentes, a decisão entre celebrar um acordo ou propor uma ação judicial pode ser afetada pelo contexto da escolha, pelo quadro (*frame*) em que esta é apresentada, incluindo-se a identidade da pessoa que descreve as possibilidades ou os diferentes caminhos decisórios. Outrossim, o fato de os litigantes terem enfrentado escolhas semelhantes em momento anterior também pode afetar a tomada de decisão relativa à litigância, assim como os sentimentos dos envolvidos e o entendimento destes sobre a justeza e a legitimidade da posição em que se encontram, seus hábitos e, entre outros fatores, suas diversas concepções de justiça.

Apresentadas essas primeiras considerações, o objetivo do presente capítulo, em continuidade ao fluxo evolucionário das teorias comportamentais estabelecido neste trabalho, é analisar a decisão de litigar ou de celebrar um acordo sob a ótica da *bounded rationality*, da

²⁴⁵ Massimo Piattelli-Palmarini, de forma perspicaz, acentua que “optical illusions are indeed created in just that fashion: *The eye sees what it sees, even when we know what we know.* [...] that phenomena identical to optical illusions exist in the world of thought. [...] As with the eye, our mental ‘modules’ remain impervious to the corrections offered by logic, arithmetic, and rational judgment and, as we shall see, above all by our calculations as to probability” (*Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*, p. 17-18).

²⁴⁶ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychology, economics, and settlement: a new look at the role of the lawyer. *Texas Law Review*, v. 76, p. 78-141, 1997. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10525> Acesso em: 26 fev. 2018, p. 79-80.

prospect theory e das heurísticas da representatividade, da ancoragem e do afeto. Contrapondo as conceituações estabelecidas com a escolha a ser realizada, qual seja, propor ação judicial ou realizar acordo, essa análise será efetuada no contexto do Poder Judiciário brasileiro, levando-se em consideração, sobretudo, o papel desempenhado pelas partes, pelo órgão judiciário, pelo advogado, pelo promotor de justiça e pelos demais envolvidos no desenrolar processual.

3.1 GANHAR OU PERDER: UMA QUESTÃO DE PERCEPÇÃO DETERMINANTE DO COMPORTAMENTO AVESSO AO RISCO OU DE BUSCA DO RISCO

Sob o enfoque da *prospect theory*, proposição que se baseia na premissa de que as pessoas percebem os resultados de uma escolha como ganhos ou perdas, em um sentido subjetivamente valorado e não financeiramente palpável, a decisão do potencial litigante e do eventual demandado de celebrar um acordo ou de enfrentar os meandros de uma ação judicial pode ser afetada conforme a percepção que cada um tem sobre a oferta recebida (*framing*)²⁴⁷.

Assim, se as partes valorarem subjetivamente a proposta realizada como ganho, a tendência é que elas prefiram celebrar um acordo em detrimento da propositura de uma ação judicial. Nessa hipótese, a realização do acordo corresponde à alternativa menos arriscada e com *ganho* certo. Trata-se, em essência, da mesma conclusão apresentada por Daniel Kahneman em relação à pergunta: “O que você prefere? Conseguir novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de conseguir mil dólares?”²⁴⁸.

O fato de o potencial litigante interpretar a proposta oferecida como *ganho* – ainda que do ponto de vista do modelo da escolha racional não corresponda ao aumento de riqueza de maior utilidade – promove um curso de ação avesso ao risco. A tendência, nesse caso, é que o potencial litigante prefira a certeza do ganho imediato ao invés da mera probabilidade de um ganho maior.

Todavia, o caminho a ser seguido pelas partes muda completamente quando as propostas são por elas enquadradas como uma

²⁴⁷ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 109.

²⁴⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 348.

perda. Nesse caso, considerando-se que a mudança de foco de ganho para perda provoca a substituição da aversão ao risco pela busca de risco (*risk seeking*), o potencial litigante tende a preferir a propositura de uma ação judicial em detrimento da celebração de um acordo. Tudo dependerá, em verdade, do ponto de referência adotado pelas partes, as quais, a partir dele, enquadrarão ou interpretarão as ofertas recebidas como perdas ou como ganhos.

Em suma, o curso de ação a ser adotado, analisado sob a perspectiva da *prospect theory*, nem sempre corresponderá à alternativa ótima, pois a percepção subjetiva de ganho ou de perda assume papel protagonista. Caso o potencial litigante visualize a oferta como um ganho, diante da incerteza do resultado da ação judicial eventualmente proposta, a tomada de ação tende a ser avessa ao risco e, portanto, a tendência é que um acordo seja celebrado. De outra banda, interpretada a proposta como uma perda, a busca pelo risco tende a prevalecer e, por consequência, é provável que a opção pela propositura da ação judicial prepondere.

Comprovando empiricamente essa forma de agir, Russel Korobkin e Chris Guthrie realizaram o seguinte experimento²⁴⁹: dois grupos, A e B, receberam idêntica descrição de um caso, no qual os participantes haviam sofrido um acidente automobilístico, sem culpa, em que o veículo era alugado e os danos totalizaram a quantia de \$28.000,00. A parte contrária estava utilizando um carro alugado e era insolvente, de modo que nada poderia pagar, mas havia a possibilidade de cobertura dos danos pela seguradora. Esta, por sua vez, reconheceu a responsabilidade e concordou que os danos remontavam à quantia de \$28.000,00. No entanto, em face da política da seguradora envolvendo carros alugados, esta afirmou que a sua responsabilidade estava limitada à cobertura de, no máximo, \$10.000,00.

Os advogados informaram aos participantes que a única questão legal controversa dizia respeito à política adotada pela seguradora em relação à sua responsabilidade no caso de acidente com veículos alugados. Os participantes foram então alertados pelos advogados que, caso fossem a julgamento, os juízes poderiam proferir decisão concordando com a seguradora ou determinando que esta arcasse com

²⁴⁹ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 131-132.

todo o dano, no valor de \$28.000,00. Ou seja, a decisão poderia variar de \$10.000,00 a \$28.000,00, a depender da interpretação do juiz sobre a apólice.

Antes do julgamento, a companhia de seguros formulou uma proposta de acordo no valor de \$21.000,00. Cada participante poderia aceitar a oferta ou rejeitá-la e prosseguir com a ação judicial. No exemplo, constata-se que aos participantes foi apresentada idêntica situação legal, ou seja, enfrentar a decisão de aceitar a proposta da seguradora e receber \$21.000,00, ou continuar com a ação judicial e auferir um valor entre \$10.000,00 e \$28.000,00, conforme a deliberação de cada julgador.

A única diferença que se notou em relação aos grupos alude aos seus enquadramentos (*frames*) diversos. Os participantes do Grupo A foram informados de que estavam dirigindo um automóvel Toyota Corolla no valor de \$14.000,00, destruído no acidente, e os ferimentos sofridos resultaram em gastos médicos no valor de \$14.000,00. A companhia de seguro de saúde dos participantes havia reembolsado os gastos relativos ao tratamento médico recebido.

Por sua vez, os participantes do Grupo B foram informados de que estavam dirigindo um automóvel BMW no valor de \$24.000,00, também completamente perdido no acidente. As despesas médicas totalizaram a quantia de \$4.000,00, devidamente restituída pela companhia de seguro de saúde. Em ambos os grupos, o prejuízo totalizou a quantia de \$28.000,00 e os participantes foram reembolsados pelas despesas médicas, mas não pelo valor correspondente aos veículos que dirigiam.

Os participantes do Grupo A foram reembolsados no valor de \$14.000,00, relativo às despesas médicas. Ao Grupo B foi restituída a quantia de \$4.000,00, também relativa às despesas médicas incorridas. Como se vê, aceitar a oferta da companhia de seguros no montante de \$21.000,00 deixaria os participantes do Grupo A em uma situação financeira melhor do que a anterior ao acidente, em face da seguinte equação: $[(\$21.000,00 + \$14.000,00) - \$28.000,00] = \$7.000,00$. Todavia, a mesma proposta sujeitaria o Grupo B a uma situação financeira pior do que a anterior ao acidente: $[(\$21.000,00 + \$4.000,00) - 28.000,00] = - \$3.000,00$.

Diante dessa situação, os participantes de cada grupo deveriam indicar a sua disposição em aceitar, ou não, o acordo proposto pela companhia de seguros, assinalando uma das seguintes opções: 1. definitivamente aceitariam a oferta; 2. provavelmente aceitariam a

oferta; 3. indeciso; 4. provavelmente rejeitariam a oferta; ou 5. definitivamente rejeitariam a oferta.

No Grupo A, 90% dos participantes afirmaram que provavelmente ou definitivamente aceitariam a oferta, enquanto no Grupo B, 64% dos participantes aduziram que provavelmente ou definitivamente aceitariam a proposta de acordo. Além disso, apenas 2% dos participantes do Grupo A afirmaram que provavelmente ou definitivamente rejeitariam a oferta, enquanto 20% dos participantes do Grupo B escolheram essas mesmas opções.

Diante dessas constatações, evidencia-se que os participantes do Grupo A estavam mais inclinados à celebração do acordo do que os participantes do Grupo B, os quais codificaram ou perceberam as opções apresentadas de forma diferente, como perda em relação ao ponto de referência anterior, isto é, a situação financeira antes do acidente.

Assim, considerando-se que os participantes do Grupo B interpretaram a proposta ofertada como uma perda, a busca pelo risco acabou prevalecendo e, por consequência, a escolha de prosseguir para o julgamento teve maior adesão. Por outro lado, os participantes do Grupo A visualizaram a oferta apresentada pela companhia de seguros como um ganho, de modo que a aversão ao risco foi preponderante no curso de ação selecionado, assim como a tendência de aceitar a celebração do acordo.

Conforme salientado por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich, a própria existência da desavença produz naturalmente um enquadramento, cujos efeitos podem ter “[...] um impacto profundo em processos civis [...]”²⁵⁰. Em termos gerais, dizem os autores, na maioria das ações judiciais os potenciais litigantes devem optar por aceitar o acordo proposto pelo eventual demandado ou apostar que o litígio produzirá um ganho maior.

Sob o ponto de vista do eventual demandado, é ele quem deve decidir se propõe ao potencial litigante determinada oferta e realiza um acordo ou aposta que o resultado da ação judicial reduzirá o valor a ser pago. Por conseguinte, como regra, os potenciais litigantes devem escolher entre opções que “[...] parecem ganhos, enquanto os réus frequentemente escolhem entre opções que representam perdas. Assim, os demandantes tendem a preferir o acordo, a opção avessa ao risco,

²⁵⁰ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777-830, maio 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 1º jun. 2018, p. 795, tradução livre. No texto original: “[...] a profound impact on civil cases [...]”.

enquanto os réus são relativamente mais propensos a preferir o julgamento, a opção de busca de risco”²⁵¹.

Em contraste, quando se está diante de ações judiciais frívolas, esse modo de agir tende a se inverter. Ou seja, as relações diretas de enquadramento positivo versus celebração de acordos e de enquadramento negativo versus ajuizamento de ações judiciais se alteram e passam a se contrapor. Segundo Chris Guthrie²⁵², que aborda o conceito de ações judiciais frívolas como aquelas de baixa probabilidade de êxito, o potencial litigante, nesses casos, tende a preferir a propositura da demanda à realização de acordo. O eventual demandado, ao revés, tende a optar pela composição entre as partes, em detrimento do caminho judicial.

Para o referido autor, essa inversão tende a ocorrer porque o potencial litigante exageraria em suas perspectivas sobre o resultado da ação judicial, a despeito de possuir uma baixa probabilidade de êxito – daí a mencionada frivolidade. Essa expectativa exagerada do resultado da demanda seria um produto de forças psicofísicas, motivacionais, cognitivas ou *racionais*. Em conjunto ou diversamente combinadas, essas “forças” produziriam “[...] o gosto psicológico dos queixosos por risco em termos frívolos”²⁵³.

A explicação psicofísica, vale destacar, refere-se ao “princípio” conhecido como sensibilidade decrescente (*diminishing sensitivity*), relativo ao “[...] fenômeno de que as mudanças nos pontos finais de uma escala são mais significativas do que as mudanças mais próximas do meio”²⁵⁴. Na escala da *certeza*, consoante explicitado por Daniel

²⁵¹ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777-830, maio 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 1º jun. 2018, p. 795 tradução livre. No texto original: “[...] plaintiffs often choose between options that appear to represent gains, while defendants often choose between options that appear to represent losses. As such, plaintiffs are more likely to prefer settlement, the risk-averse option, while defendants are more likely to prefer trial, the risk-seeking option”.

²⁵² GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

²⁵³ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 206, tradução livre.

²⁵⁴ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em:

Kahneman e Amos Tversky²⁵⁵, existem dois pontos finais, certeza e impossibilidade, que são naturalmente levados em consideração na avaliação de algo incerto.

O princípio da diminuição da sensibilidade implica reconhecer que o impacto de uma mudança na probabilidade “[...] diminui com a distância do limite. Por exemplo, um aumento de .1 na probabilidade de ganhar um determinado prêmio tem mais impacto quando muda a probabilidade de ganhar de .9 para 1.0 ou de 0 para 1, do que quando muda a probabilidade de ganhar de .3 para .4 ou .6 para .7”²⁵⁶. Ou seja, “a mudança de impossibilidade para possibilidade ou de possibilidade para certeza tem um impacto maior do que uma mudança comparável no meio da escala”²⁵⁷.

Como decorrência desse princípio em comento, “[...] probabilidades muito pequenas podem ser excessivamente ponderadas ou completamente negligenciadas”²⁵⁸. Ou seja, “[...] as pessoas geralmente buscam o risco ao lidarem com ganhos improváveis e são avessas ao risco ao lidarem com perdas improváveis”, o que explica e

<<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclev>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 196, tradução livre.

²⁵⁵ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk an Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em:

<http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversjy_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018, p. 303.

²⁵⁶ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk an Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em:

<http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversjy_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018, p. 303, tradução livre. No texto original: “Diminishing sensitivity entails that the impact of a given change in probability diminishes with its distance from the boundary. For example, an increase of .1 in the probability of winning a given prize has more impact when it changes the probability of winning from .9 to 1.0 or from 0 to .1, than when it changes the probability of winning from .3 to .4 or from .6 to .7.”.

²⁵⁷ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values and frames. In: _____; _____ (Ed.). *Choices, values and frames*, p. 7, tradução livre. No texto original: “a change from impossibility to possibility or from possibility to certainty has a bigger impact than a comparable change in the middle of the scale”.

²⁵⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk an Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em:

<http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversjy_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2018, p. 303, tradução livre. No texto original: “[...] very small probabilities can be either greatly overweighted or neglected altogether”.

contribui, em termos pragmáticos, para a atratividade dos “[...] bilhetes de loteria e apólices de seguro”²⁵⁹.

A ação judicial frívola ou, na interpretação de Chris Guthrie, com baixa probabilidade de êxito, é comparável à atratividade do bilhete de loteria. O fato de o potencial litigante ter pequenas chances de sucesso na resolução da demanda proposta, o que se traduz em um ganho quase improvável, torna-o propenso à tomada de decisões arriscadas. Por outro lado, do ponto de vista do eventual demandado, a tendência é que ele aja de forma avessa ao risco, justamente por estar diante de uma perda improvável.

Nessa hipótese, o potencial litigante tenderá a prosseguir com a demanda judicial, enquanto o eventual demandado buscará celebrar um acordo, oferecendo, em geral, uma proposta inicial bem baixa. Tome-se como exemplo casos em que as decisões dos tribunais superiores são quase homogêneas e pacíficas no sentido da improcedência do pedido, com poucas chances de sucesso das ações judiciais, mas determinados julgadores mudam seus entendimentos de forma favorável ao potencial litigante.

Essa mudança na probabilidade de êxito, por exemplo, de 2% para 5% após a prolação das referidas decisões judiciais, agirá com maior peso sobre as expectativas de ganho do potencial litigante, quando comparadas às percentagens do meio da escala, como de 31% para 34%. Além disso, como se está trabalhando perto do limite da escala de certeza, ou seja, trata-se de um ganho quase improvável, a busca pelo risco tende a prevalecer, fator que pode prejudicar a celebração de um acordo entre as partes.

A argumentação motivacional, aventada por Chris Guthrie para explicar a busca pelo risco nas ações frívolas, baseia-se na premissa de que as emoções também podem influenciar a tomada de decisões arriscadas, como a esperança, a euforia e o regozijo. Em contraste com o litígio comum, nas ações frívolas “[...] o valor do acordo é geralmente tão pequeno em relação ao que pode estar disponível no julgamento, que os demandantes podem estar mais propensos a se agarrar à esperança do que ceder ao medo quando decidem se acordam ou se tentam seus casos”²⁶⁰.

²⁵⁹ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, alues, and frames. In: _____; _____ (Ed.). *Choices, values and frames*, p. 8, tradução livre. No texto original: “[...] people are often risk seeking in dealing with improbable gains and risk averse in dealing with unlikely losses”.

²⁶⁰ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em:

Além disso, tendo em vista que a ação judicial proposta possui baixa probabilidade de êxito e supondo que ao menos o potencial litigante tem consciência de que a sua chance de vencer é pequena, coloca-se a perspectiva do sentimento de euforia em patamar muito superior ao sentimento de decepção. Ou seja, por serem pequenas as chances de sucesso, caso essa hipótese efetivamente se concretize, o potencial litigante se sentirá muito mais eufórico e satisfeito do que em caso de perda, a qual não será tão decepcionante por já ser esperada.

Sem esgotar todas as motivações que podem influenciar a propositura de ações frívolas, pois isso fugiria ao escopo do presente trabalho, cumpre apenas destacar que o resultado da decisão tomada pelo potencial litigante poderá levá-lo, ainda, a vivenciar sentimento de regozijo ou de arrependimento. Como o fator emocional é de conhecimento do potencial litigante, este buscará maximizar os sentimentos de regozijo e minimizar a sensação de arrependimento.

Por exemplo, na hipótese de o potencial litigante receber R\$12.000 com o julgamento procedente do pedido contido na ação judicial proposta, esta vitória tende a provocar mais sentimentos de regozijo se a oferta de acordo anteriormente rejeitada for de R\$700,00 ao invés de R\$7.000,00. Em contrapartida, caso o potencial litigante não aufera nenhum benefício com o julgamento da demanda, o sentimento de arrependimento será menor se a oferta de acordo rejeitada for de R\$700,00 ao invés de R\$7.000,00 – a sensação será, neste caso, de que valeu a pena tentar.

Assim, pela análise de Chris Guthrie, “[...] os demandantes em litígios frívolos geralmente enfrentam uma perspectiva muito maior de regozijo e muito menor de arrependimento do que os demandantes em litígios ordinários, por causa das prováveis diferenças entre o julgamento e o acordo”. Portanto, em ações judiciais frívolas ou com baixa probabilidade de êxito, a “[...] perspectiva de esperança, euforia e regozijo se aproxima, enquanto a ameaça do medo, desapontamento e arrependimento desaparecem no fundo”²⁶¹.

<<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclre>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 199, tradução livre. No texto original: “[...] the settlement amount is generally so small relative to what may be available at trial that plaintiffs may be more likely to hold on to hope than to give in to fear when deciding whether to settle or try their cases”.

²⁶¹ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 201, tradução livre. No texto original: “[...] plaintiffs in frivolous litigation generally face the prospect of much greater rejoicing and much less

Ainda, segundo o mencionador autor, “a saliência dessas forças motivacionais ou emocionais mais positivas pode explicar o comportamento inesperado de busca de risco dos demandantes em ações frívolas”²⁶². Por sua vez, a explanação cognitiva desse agir do potencial litigante diz respeito justamente à existência e à atuação das heurísticas no processo decisório, cujo devido aprofundamento já guarda lugar na presente pesquisa.

No que concerne à explicação *racional*, entendida por Chris Guthrie como a existência de uma correlação entre os meios escolhidos e os fins almejados, refere-se ao comportamento sabidamente oportunista, de loteria, voltado à obtenção de grande riqueza por meio do Poder Judiciário. Ou seja, a expectativa exagerada do potencial litigante em relação ao resultado da demanda frívola, com poucas chances de sucesso, pode simplesmente constituir em um comportamento *racional*, verticalizado à busca de risco²⁶³, pelo fato de o benefício esperado não poder ser alcançado por meio de um acordo.

A partir dessas constatações, há três caminhos decisórios possíveis para cada agente (autor e réu), dependentes: (i) da frivolidade ou não da pretensão judicial; (ii) da percepção de ganho, ou (iii) de perda em relação ao cenário apresentado. Esse enquadramento, conforme delineado, determina se o curso de ação de cada parte será avesso ao risco ou tendente à seleção de escolhas arriscadas.

Sob o ponto de vista do potencial litigante ou demandante, quando a ação judicial não for frívola, o enquadramento do caso como ganho tende a gerar uma atuação avessa ao risco, voltada, por conseguinte, à celebração de acordo. Se essa mesma situação for percebida como perda, a tendência é que prevaleça um curso de ação de busca de risco, que leva ao prosseguimento da ação judicial. E se for baixa a probabilidade de êxito da demanda proposta, o que se traduz em

regret than plaintiffs in ordinary litigation because of the likely differences between trial and settlement. [...] the prospect of hope, elation, and rejoicing looms large, while the threat of fear, disappointment, and regret fades into the background”.

²⁶² GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 201, tradução livre. No texto original: “the salience of these more positive motivational or emotional forces may explain plaintiffs unexpected risk-seeking behavior in frivolous suits”.

²⁶³ GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclrev>>. Acesso em: 3 jun. 2018, p. 205.

ganho quase improvável (frivolidade), o potencial litigante tende a buscar o risco e, portanto, a manter em curso a demanda proposta.

Dando enfoque à perspectiva do eventual demandado, quando a ação não for frívola e a propositura da ação judicial for percebida como uma perda certa (o autor da demanda sairá vencedor), essa valoração tende a gerar no possível réu um curso de ação avesso ao risco. Nessa hipótese, o eventual demandado procurará realizar um acordo para evitar a ocorrência de uma perda maior com o julgamento da demanda. Caso a situação seja enquadrada como ganho, quer dizer, existindo uma considerável probabilidade de o pedido do autor ser julgado improcedente, o eventual demandado tenderá a buscar o risco e, a depender da ponderação das custas e das despesas processuais envolvidas, provavelmente enfrentará os meandros do processo judicial.

Quando a ação for frívola, o que se traduz em uma perda mais que incerta, mas improvável, o curso de ação a ser tomado pelo eventual demandado tende a ser avesso ao risco, ocasião em que buscará a celebração de um acordo, em geral mediante a apresentação de pequenas ofertas ao potencial litigante. Por outro lado, diante de ações não frívolas, o cenário ideal para a realização de acordos ocorrerá quando o potencial litigante interpretar ou perceber a situação como ganho e o eventual demandado como perda, caso em que ambas as partes tenderão a agir de forma avessa ao risco.

A possibilidade de se emoldurar o cenário legal e fático como algo positivo ou negativo nas ações não frívolas revela a importância do trabalho desenvolvido sobretudo pelos advogados, que podem influenciar os seus clientes e inclusive a parte contrária de que a proposta apresentada é algo *bom* ou *ruim*, o que se aplica, também, a conciliadores, mediadores, magistrados²⁶⁴ e demais operadores. Um

²⁶⁴ Nesse sentir, Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich salientam que os juízes, embora não sejam litigantes, “[...] frequentemente desempenham um papel ativo supervisionando as negociações de acordos”. Ao realizarem uma pesquisa empírica com magistrados, os referidos autores demonstraram que os juízes também podem ser influenciados pelo enquadramento do caso concreto, em relação à percepção de ganho ou de perda do autor e do réu da ação judicial quanto à possibilidade de acordo. Na hipótese apresentada aos juízes, do ponto de vista do autor da demanda, a possibilidade de realização de um acordo parecia mais atraente do que em relação à perspectiva do réu. Para o autor da demanda, a celebração de um acordo seria um ganho, enquanto na perspectiva do réu, uma perda. Nesse caso, “[...] os juízes eram mais propensos a favorecer um acordo para o autor do que para o réu”. Em conclusão, os efeitos do enquadramento “[...] podem ter um impacto prejudicial no manejo dos processos judiciais. Juízes que frequentemente supervisionam as audiências de acordo têm poder tremendo para influenciar o processo de acordo. [...] Isso pode levar os juízes a coagir os

quadro positivo, conforme salientado por Russel Korobkin e Chris Guthrie “[...] cria um estado psicológico que favorece o comportamento avesso ao risco – isto é, o acordo – e desfavorece o comportamento de busca de risco – isto é, o julgamento”²⁶⁵.

A propósito, tendo em vista que a valoração subjetiva do indivíduo dependerá do ponto de referência por ele adotado, a heurística da ancoragem (*anchoring heuristic*) pode desenvolver um importante papel nessa determinação. Por isso, com vistas a dimensionar o enquadramento realizado pelas partes em relação às respectivas escolhas, neste ponto do estudo torna-se necessário apresentar breves apontamentos sobre o referido atalho cognitivo e sobre os possíveis meios de mitigação do campo de atuação das heurísticas da representatividade e da ancoragem.

3.1.1 A importância da determinação do *ponto de referência* para a escolha de litigar ou celebrar acordo

Apenas para rememorar, a heurística da ancoragem refere-se à tendência das pessoas de se apegarem a um ponto de partida ou a um valor inicial antevisto, a partir do qual ajustarão suas percepções acerca da probabilidade de ocorrência de algum acontecimento ou mesmo para realização de julgamentos, especialmente em estimativas numéricas.

Os efeitos da heurística da ancoragem, vale registrar, não estão limitados somente às avaliações numéricas, como a determinação do número de países africanos que participam da ONU, exemplo mencionado no capítulo anterior. Segundo Scott Plous²⁶⁶, as

demandantes a se contentarem com menos do que o apropriado ou deixar de exercer pressão suficiente sobre os réus para induzi-los a abandonar suas tendências de busca de risco” (Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777-830, maio 2001. Disponível em:

<<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 19 maio 2018, p. 794-799, tradução livre).

²⁶⁵ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 138, tradução livre. No texto original: “[...] creates a psychological state that favors risk-averse behavior – that is, settlement – and disfavors risk-seeking behavior – that is, trial”.

²⁶⁶ PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*, p. 147-148.

consequências relativas ao referido atalho cognitivo podem atingir, inclusive, as negociações eventualmente realizadas entre as pessoas²⁶⁷.

Tendo em vista que o *perigo* da heurística da ancoragem reside no fato de que dos diferentes pontos de partida ou de referência *ancorados* pelos indivíduos podem advir diversas e controversas estimativas de resultado, em uma negociação, as posições iniciais podem influenciar as posteriores. Ou seja, “uma oferta inicial pode servir de âncora para assimilar a decisão final em relação a ela. Com base na durabilidade dos efeitos da ancoragem, a oferta inicial influenciaria substancialmente os resultados da negociação ao longo do tempo”²⁶⁸.

Com efeito, eventual possibilidade de celebração de acordo pode restar maculada por conta do apego de uma das partes a um valor inicial ou de referência específico. Nessa hipótese, a parte tende a fazer comparações com os valores posteriormente colocados sob negociação – ou seja, a primeira oferta pode influenciar seu julgamento e suas expectativas sobre as demais propostas apresentadas.

A título de exemplo, imagine-se que Jonas teve sua bagagem extraviada durante um voo e não foi recuperada pela companhia aérea. O prejuízo indicado por Jonas totalizou o valor de R\$ 5.000,00.

²⁶⁷ Saliencia-se que não é somente o processo de negociação entre as partes que pode ser afetado pela heurística da ancoragem. A própria decisão judicial, seja singular ou colegiada, principalmente quando proferida por jurados, também está à mercê dos efeitos dessa heurística. Nesse sentido, Joni Hersch e W. Kip Viscusi destacam que “jurors are susceptible to a variety of biases, such as anchoring effects. More generally, jurors are unable to map their outrage with a reckless defendant’s conduct into a punitive dollar amount. The result is that awards are highly variable” (Punitive damages: how judges and juries perform. *Harvard Law and Economics*, Discussion Paper n. 362, p. 1-57, 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/362.pdf>. Acesso em: 9 maio 2018, p. 35). Ademais, Francisca Fariña, Ramón Arce e Mercedes Novo abordam a heurística da ancoragem sob a vertente das decisões judiciais proferidas no processo penal (Anchoring in judicial decision-making. *Psychology in Spain*, Madrid, v. 7, n. 1, p. 56-65, 2003. Disponível em: <<http://www.psychologyinspain.com/content/full/2003/7007.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018), assim como Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa (*Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, p. 51-53).

²⁶⁸ FURNHAM, Adrian; BOO, Hua Chu. A literature review of the anchoring effect. *The Journal of Socio-Economics*, v. 40, p. 35-42, 2011. Disponível em: <http://www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/a_literature_review_of_the_anchoring_effect.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018, p. 41, tradução livre. No texto original: “[...] an initial offer may serve as an anchor to assimilate final judgment toward it. Based on the durability of the anchoring effects, the initial offer would substantially influence the negotiation outcomes over time”.

Proposta a ação judicial, a oferta final da companhia aérea para a celebração de acordo foi de R\$ 3.000,00. Salienta-se que havia controvérsia legal quanto à quantificação do dano em caso de condenação, pois Jonas havia juntado ao processo apenas algumas notas fiscais relativas aos bens que se encontravam no interior da mala.

Considerando-se os efeitos relativos à heurística da ancoragem, a probabilidade de Jonas aceitar a referida oferta tende a ser maior se, por exemplo, a proposta inicial for de R\$ 700,00 ao invés de R\$ 2.000,00. Isso porque, diante da menor proposta inicial, a expectativa de Jonas quanto ao valor final necessário para a celebração do acordo também será menor, ou seja, a última oferta de R\$ 3.000,00 tende a parecer muito boa quando comparada à primeira. Em contrapartida, caso a proposta inicial seja de R\$ 2.000,00, a tendência é que Jonas crie maiores expectativas sobre o acordo, de modo que a oferta final de R\$ 3.000,00 não aparentará ser tão atrativa por estar ancorada na primeira²⁶⁹.

Um segundo exemplo, que não diz respeito ao processo de negociação entre as partes, pode ser mencionado e se refere à hipótese de uma pessoa que tenha sofrido um dano moral por conta da negativação indevida de seu nome nos serviços de proteção ao crédito, ação extremamente comum no Poder Judiciário brasileiro. Considerando-se que um familiar havia sido vítima de um acidente automobilístico e recebido a título de indenização a quantia de R\$ 40.000,00, essa informação passou a fazer parte do processo decisório do potencial litigante.

Percebe-se que a natureza dos danos sofridos é diversa, no entanto, pressupondo que o potencial litigante não seja detentor de conhecimentos jurídicos, a primeira impressão ou intuição relativa ao valor da compensação a que eventualmente tenha direito poderá ficar ancorada na informação previamente recebida, ainda que um caso não tenha semelhança com outro. Esse efeito provocado pela heurística da ancoragem pode prejudicar possíveis negociações entre as partes,

²⁶⁹ Hipótese semelhante foi testada empiricamente por Russel Korobkin e Chris Guthrie, na qual 63% dos participantes do Grupo A, que receberam a menor oferta inicial, responderam que definitiva ou provavelmente aceitariam a proposta final. Por outro lado, apenas 34% dos participantes do Grupo B que receberam uma oferta inicial razoável afirmaram que definitiva ou provavelmente aceitariam a última proposta (Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 139-142).

fulminando a realização de acordo pelo fato de uma delas acreditar que a proposta oferecida é inferior à devida. Aqui, como mencionado, cabe especialmente ao advogado esclarecer ao seu cliente que a natureza dos danos das referidas ações é diversa.

De outro lado, caso o potencial litigante fie-se a um padrão valorativo menor do que aquele a que efetivamente teria direito, a sua posição de negociação tende a ser favorável à celebração de acordo. Todavia, se o potencial litigante não for devidamente alertado pelo seu advogado para que reveja o seu julgamento inicial, a parte contrária pode acabar auferindo um duvidoso proveito por conta da equivocada estimativa anteriormente estabelecida, oferecendo valor bem menor do que o necessário para a mínima satisfação da pretensão.

Ainda assim, adverte Massimo Piattelli-Palmarini, “revisar um julgamento intuitivo e impulsivo nunca será suficiente para desfazer o julgamento original. Consciente ou inconscientemente, permanecemos sempre ancorados à nossa opinião original, e apenas corrigimos essa visão a partir dessa mesma opinião”²⁷⁰. O primeiro passo para o indivíduo se proteger contra os efeitos da heurística da ancoragem, segundo Scott Plous, “[...] é estar ciente de qualquer valor sugerido que pareça excepcionalmente alto ou baixo”, pois “[...] os próprios valores das âncoras geralmente passam despercebidos”²⁷¹.

Além disso, a despeito de o papel das partes na resolução dos litígios ser extremamente importante, cabe especialmente aos advogados, cientes e atentos às barreiras psicológicas que eventualmente impedirão a celebração de acordos eficientes, trabalhar para minimizar o impacto de tais limitações. Nessa linha de abordagem, salientam Russel Korobkin e Chris Guthrie que os advogados “[...] podem tentar negociar de uma maneira que evite que as barreiras sejam construídas em primeiro lugar”²⁷².

²⁷⁰ PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*, p. 127, tradução livre. No texto original: “Revising an intuitive, impulsive judgment will never be sufficient to undo the original judgment completely. Consciously or unconsciously, we always remain anchored to our original opinion, and we correct that view only starting from that same opinion.”

²⁷¹ PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*, p. 151-152, tradução livre. No texto original: “[...] is to be aware of any suggested values that seem unusually high or low. [...] because the anchor value themselves often go unnoticed”.

²⁷² KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 160-

No entanto, por ser “[...] altamente improvável que os advogados irão evitar com sucesso todas as barreiras psicológicas [...]”²⁷³, pode-se lançar mão de algumas alternativas para tentar mitigar a força desses entraves cognitivos. Com relação à percepção subjetiva das propostas oferecidas durante o processo decisório como ganho ou perda, sob a égide da *prospect theory*, os mencionados autores defendem a possibilidade de um reenquadramento das ofertas apresentadas (*reframing the offer*)²⁷⁴.

A principal ideia, portanto, é tentar modificar a forma como a parte recebeu e interpretou a oferta apresentada pelo seu oponente, sobretudo para que a sua percepção inicialmente negativa seja suavizada e, na melhor das hipóteses, enquadrada como ganho. Ou seja, na comparação com uma peça de teatro, mantêm-se os personagens, os roteiros e os cenários, mas mudanças de postura, de entonação em uma fala, entre outras voltam-se à plateia de maneira diferente – é o vilão que, ao final, não aparenta ser tão ruim assim.

Com a finalidade de testar essa proposição, Russel Korobkin e Chris Guthrie acrescentaram duas frases ao caso apresentado aos participantes dos Grupos A e B, relativo ao acidente automobilístico (Toyota Corolla e BMW) e a companhia de seguros, narrado anteriormente, com o objetivo de modificar a percepção de ganho para perda e vice-versa. Em relação ao grupo B, que havia interpretado a proposta da seguradora como perda, foi dito aos participantes que mantivessem em suas mentes que o acordo os deixaria em situação substancialmente melhor “[...] do que você está agora e você gostaria de evitar o risco de um julgamento. Embora a oferta seja \$7.000,00 a menos do que você esperava recuperar, aceitar a oferta deixaria você

161, tradução livre. No texto original: “[...] they may try to negotiate in a way that prevents barriers being built in the first place”.

²⁷³ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 160-161, tradução livre. No texto original: “[...] highly unlikely that lawyers will successfully avoid all psychological barriers [...]”.

²⁷⁴ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 161-163.

\$21.000,00 melhor do que você está agora (lembra-se, você atualmente não tem carro)”²⁷⁵.

Quanto ao Grupo A, que inicialmente havia percebido a proposta da seguradora como ganho, foi dito aos participantes que aceitar a oferta os deixaria em situação substancialmente pior do que eles estavam antes do acidente, pois “[...] o outro motorista causou a você \$28.000,00 em danos totais e aceitar a oferta impossibilitaria que você recuperasse o valor total dos danos. Rejeitar a oferta, embora um pouco arriscada, permitiria a possibilidade de recuperar o valor total [...]”²⁷⁶.

O resultado dos experimentos, todavia, foi assimétrico, pois a porcentagem relativa ao número de participantes do Grupo B que passou a responder que definitivamente ou que provavelmente aceitaria o acordo modificou ligeiramente, apenas “[...] dois décimos de ponto a mais do que o primeiro grupo BMW”. Ou seja, a maioria dos participantes deste grupo, mesmo com a tentativa de reenquadrar o caso como positivo, continuou interpretando a oferta como perda.

Em relação ao Grupo A, a diferença foi significativa, pois enquanto 90% dos primeiros participantes responderam que definitivamente ou que provavelmente aceitariam a proposta formulada pela seguradora, após a modificação da hipótese apenas 64% confirmaram essas mesmas alternativas. O reenquadramento, nesse caso, surtiu mais efeito, alterando a percepção, *a priori* positiva, de ganho

²⁷⁵ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 161, tradução livre. No texto original: “[...] this settlement would leave you substantially better off than you are now, and you would avoid the riskiness of a trial. Although the offer is \$7000 less than you hoped to recover, accepting the offer would make you \$21,000 better off than you are right now (remember, you currently have no car)”.

²⁷⁶ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 161-162, tradução livre. No texto original: “[...] if you accept the offer you will be left substantially worse off than you were before the accident. The other driver did cause you \$28,000 worth total damages, and accepting the offer would make it impossible for you to ever recover the full amount of damages. Rejecting the offer, though somewhat risky, would allow the possibility of recouping the full amount you believe National Mutual should pay you”.

para perda. Consequentemente, diminuiu-se o número de casos que acenavam com a possibilidade de celebração de acordo entre as partes.

Com essas ilações, constata-se que é possível, em menor ou maior grau, alterar a percepção das pessoas quanto à valoração de ganho ou de perda e, por consequência, a modulação da decisão quanto à propositura da ação judicial ou celebração do acordo. Ainda que as modificações de comportamento dos participantes dos Grupos A e B não tenham ocorrido de forma idêntica, se a introdução de uma simples frase surtiu efeito no processo decisório, certamente o advogado das partes ou até mesmo mediadores, conciliadores e juízes terão maior capacidade e competência para influenciar e modificar a impressão inicialmente positiva ou negativa das propostas apresentadas.

Convém registrar como fundamental entre todos os demais operadores do direito, o papel desenvolvido pelos advogados, pois a confiança que as partes depositam neste profissional – não raro contratado depois de buscas intensas no mercado ou por indicação de parentes e amigos, por exemplo – tende a ser mais forte. Ainda que a parte esteja inclinada a celebrar o acordo, na hipótese de persistir alguma dúvida, a tendência é que a orientação do advogado prevaleça.

Ademais, conforme se pode extrair da tentativa de *reframing* mencionada antes, aparentemente, é mais fácil convencer alguém de que algo ou determinada decisão é ruim, saindo do enquadramento positivo para o negativo – como ajuizar uma ação em detrimento da celebração de um acordo – do que o inverso. Como dizem Russel Korobkin e Chris Guthrie, a barreira à celebração de acordos criada por quadros ou percepções negativos aparentemente “[...] não é efêmera e pode se mostrar bastante teimosa e difícil de mitigar em situações reais de litígio”²⁷⁷.

Para Richard Birke e Craig R. Fox, ter conhecimento sobre a influência de elementos psicológicos no processo de realização de um acordo, “[...] pode ajudar um negociador a fazer com que as ofertas pareçam mais desejáveis para sua contraparte [...]”. Além disso, no que se refere a proteção e defesa contra eventuais inconsistências ou manipulações de terceiros, “[...] um negociador deve estar ciente de que

²⁷⁷ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 163, tradução livre. No texto original: “[...] is not ephemeral and might prove quite stubborn and difficult to mitigate in real litigation situations”.

aspirações, históricos ou ofertas anteriores podem influenciar o quadro de referência contra o qual um negociador percebe perdas e ganhos”²⁷⁸.

Como sugestão prática de proteção, os sobreditos autores invocam a possibilidade de as partes desenvolverem um sistema de pontuação para cada uma das questões tomadas em consideração, como traduzir ou transformar as controvérsias para uma métrica monetária. Assim, “ao somar pontos ou dólares em todas as questões, o negociador pode focar no valor do resultado agregado para o seu cliente, em vez de uma mistura fragmentada de ganhos e perdas incrementais que podem ter sido moldados de forma criativa por sua contraparte”²⁷⁹.

A despeito das diversas alternativas protetivas relativas às influências do enquadramento das negociações como perdas ou ganhos, o principal ponto a ser frisado é conscientizar as partes, os advogados, os juízes, os conciliadores, os mediadores e os demais agentes envolvidos no processo decisório de que essas percepções, aliadas a outras heurísticas e vieses cognitivos, como a da ancoragem e a do afeto, podem ser determinantes para a celebração de um acordo. Tomar consciência disso é o primeiro passo rumo à efetividade das negociações realizadas entre as partes no âmbito e mesmo fora da esfera jurisdicional.

3.2 A POTENCIALIDADE DAS EMOÇÕES COMO FATOR DETERMINANTE DA PROPOSITURA DE AÇÕES JUDICIAIS OU DA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS

A heurística do afeto (*affect heuristic*), assim como a da ancoragem, pode representar um importante fator de limitação das operações cognitivas desenvolvidas pelos seres humanos; seus efeitos

²⁷⁸ BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 46, tradução livre. No texto original: “[...] can help a negotiator make offers appear more desirable to her counterpart [...]. [...] a negotiator should be aware that aspirations, past history, or previous offers may influence the frame of reference against which a negotiator perceives losses and gains”.

²⁷⁹ BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 46-47, tradução livre. No texto original: “by adding up points or dollars across all issues, the negotiator can focus on the value of the aggregate outcome to her client, rather than a piecemeal melange of incremental gains and losses that may have been creatively framed by her counterpart”.

também podem influenciar ou recair sobre a decisão de um indivíduo entre litigar e celebrar um acordo. É que, conforme alertado por Daniel Kahneman, “a dominância de conclusões sobre argumentos é mais pronunciada quando há emoções envolvidas”²⁸⁰.

Nesse sentir, pode-se dizer que a tomada de “[...] decisões legais é enriquecida e refinada pela operação das emoções porque elas direcionam a atenção para as particularidades de um caso, ou moldam a capacidade do tomador de decisão de entender a perspectiva de, ou as apostas de uma decisão para uma parte particular.”²⁸¹ Ou seja, as preferências individuais, os sentimentos positivos ou negativos sentidos em relação a coisas, pessoas ou situações podem determinar “[...] os argumentos que você julga convincentes”²⁸².

Segundo Susan A. Bandes e Jeremy A. Blumenthal, essas emoções compõem um “[...] conjunto de processos avaliativos e motivacionais, distribuídos por todo o cérebro, que nos auxiliam na avaliação e na reação a estímulos e que são formados, interpretados e comunicados nos contextos social e cultural”²⁸³. Além disso, o modo como as informações são interpretadas, usadas e categorizadas sofre forte influência das emoções percebidas pelo indivíduo, assim como as avaliações sobre as intenções ou a credibilidade das outras pessoas²⁸⁴.

Sobre esse tema, Peter Robinson salienta que encorajar as partes a expressarem suas emoções, a despeito de essa ação ser uma característica mais afeta à mediação, pode, de fato, ajudar na celebração

²⁸⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 133.

²⁸¹ ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who’s afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*, v. 94, p. 1997-2074, 2009-2010. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyPubsPDF.php?facID=1105&pubID=19>>. Acesso em: 9 jun. 2018, p. 2004, tradução livre. No texto original: “Legal decisionmaking is enriched and refined by the operation of emotions because they direct attention to particular dimensions of a case, or shape decisionmakers’ ability to understand the perspective of, or the stakes of a decision for, a particular party.”

²⁸² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 133.

²⁸³ BANDES, Susan A.; BLUMENTHAL, Jeremy A. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 8, p. 161-181, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/234146345_Emotion_and_the_Law>. Acesso em: 9 jun. 2018, p. 163, tradução livre. No texto original: “Emotions are a set of evaluative and motivational processes, distributed throughout the brain, that assist us in appraising and reacting to stimuli and that are formed, interpreted, and communicated in social and cultural context.”

²⁸⁴ BANDES, Susan A.; BLUMENTHAL, Jeremy A. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 8, p. 161-181, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/234146345_Emotion_and_the_Law>. Acesso em: 9 jun. 2018, p. 164.

de acordos. Na verdade, o fato de o indivíduo demonstrar seus sentimentos à parte contrária serve, muitas vezes, a um propósito liberatório, de purificação ou catártico, que facilita a obtenção de informações sobre a própria existência do conflito e, por consequência, o processo de negociação²⁸⁵.

O mesmo autor aponta como barreira a esse tipo de abordagem a visão estereotipada dos magistrados, em regra percebidos como especialistas em leis e não como pessoas que se sentiriam confortáveis com a expressão das emoções²⁸⁶. Pontualmente, assevera Susan A. Bandes que a lei admite ou ao menos não nega que os litigantes e os jurados são humanos, ou seja, seres dotados de emoções, inclusive reconhece que os advogados são institucionalmente dirigidos a serem parciais.

Em relação ao juiz, por outro lado, espera-se que “[...] seja imparcial, distante e desapegado, e que a paixão não faça parte de sua tomada de decisão”. Essa expectativa, conforme salienta a autora, é irreal, pois não “é possível ao juiz tomar decisões sem fazê-lo por meio da lente da empatia seletiva e de um sistema particular de valores”²⁸⁷. Como todo ser humano, o juiz também está à mercê da possibilidade de que “[...] suas simpatias e antipatias determinem suas crenças acerca do mundo”²⁸⁸, aí certamente incluídos os processos por ele julgados ou analisados.

A respeito, Neil Feigenson registra que “a lei é feita e implementada por legisladores, juízes e jurados, que, sendo humanos,

²⁸⁵ ROBINSON, Peter. An empirical study of settlement conference nuts and bolts: settlement judges facilitating communication, compromise and fear. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n. 97, p. 97-149, 2012. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018, p. 130.

²⁸⁶ ROBINSON, Peter. An empirical study of settlement conference nuts and bolts: settlement judges facilitating communication, compromise and fear. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n. 97, p. 97-149, 2012. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018, p. 130. Em pesquisa empírica realizada com diversos magistrados, o citado autor constatou que os juízes que trabalham com Direito de Família não usam essa abordagem incentivadora com frequência, o que pode ser atribuído à percepção de que encorajar as emoções pode levar a uma saga interminável, considerando a natureza emocional, por exemplo, da maioria dos divórcios.

²⁸⁷ BANDES, Susan A. (Ed.). *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999, p. 6, tradução livre. No texto original: “[...] is expected to be impartial, distant, and detached, and to let passion play no part in his decision making. [...] possible for the judge to make decisions without doing so through the lens of selective empathy and a particular system of values”.

²⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 133.

reagem aos assuntos diante deles com simpatia, raiva ou nojo, e tudo isso pode afetar seus julgamentos”²⁸⁹. Ou seja, não apenas as partes, os advogados e os juízes podem ser afetados por emoções e empatias guardadas e reveladas, mas o próprio direito e a sua realização são permeados de sentimentos.

Não existe, portanto, um caminho sem a presença direta ou indireta das emoções, conforme inicialmente alertado por Herbert Simon, a partir da *bounded rationality*. Desse modo, é importante ter consciência de que a heurística do afeto tanto permeia as interpretações dos indivíduos sobre questões ou situações enfrentadas cotidianamente, suas percepções ou intuições sobre as demais pessoas, quanto influencia suas opiniões acerca dos riscos de determinada ação.

A tarefa de conscientização, no entanto, não é de fácil resolução. Ao tempo que a presença das emoções na vida dos seres humanos traz certo grau de obviedade, pois todos os indivíduos em maior ou menor grau já perceberam a força e a influência dos sentimentos, no meio jurídico e legal sempre se buscou dar ênfase ao agir pautado na razão, na *racionalidade*. Não é à toa que se incentiva a análise pura de custos e de benefícios nas decisões a serem tomadas pelos advogados em favor das partes, conforme preconiza a teoria da escolha racional, por exemplo.

Embora não seja possível nem viável agir sempre de maneira analítica, como visto a partir da evolução das teorias comportamentais, no âmbito do direito, de maneira geral, prega-se a necessidade de o operador jurídico deixar as emoções de lado, o que significa não se envolver com as partes de um litígio, não dar ênfase a suas angústias e anseios e, acima de tudo, pautar as decisões judiciais na *racionalidade* e na lei²⁹⁰.

²⁸⁹ FEIGENSON, Neal. “Another thing needful”: exploring emotions in law. In: BANDES, Susan A. (Ed.). *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999, p. 445-461. Disponível em:

<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/168142/18_02_BR_Feigenson.pdf;sequence=1>. Acesso em: 9 jun. 2018, p. 445, tradução livre. No texto original: “law is made and implemented by legislators, judges, and jurors who, being human, react to the matters before them with sympathy, anger, or disgust, all of which may affect their judgements”.

²⁹⁰ Segundo Erin Ryan, “[...] os advogados negociadores são desencorajados a refinar (ou mesmo reconhecer) seu uso do conhecimento emocional por uma cultura profissional que o desdenha. Os advogados preferem se ver como pensadores profundamente racionais e os negociadores como praticantes de uma ciência com difíceis habilidades e princípios identificáveis” (The discourse beneath: emotional epistemology in legal deliberation and negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 231-285, 2005. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/a90d/cf1bee4ef03c847756e966deb664be562a51.pdf>>.

Acesso em: 12 jun. 2018, p. 236, tradução livre). No texto original: “Lawyers prefer to

Como assentado por Daniel L. Shapiro, “[...] ficar emotivo é frequentemente visto como um impedimento, um obstáculo à superioridade ostensiva do pensamento racional. Emoções estão associadas a fraqueza, perda de controle e desconsideração por interesses racionais; ser emotivo é visto como impulsivo e míope”²⁹¹. Além disso, os indivíduos envolvidos em um conflito podem sentir-se vulneráveis ao falar sobre suas emoções, “[...] enquanto esconder-se atrás de uma máscara de amizade e colegialidade pode salvar as pessoas de um pouco do desconforto do diálogo focado na emoção”²⁹².

Uma vez mais, percebe-se que a natureza humana impede uma atuação apenas racional, completamente desvinculada das emoções, e isso, com o passar do tempo, é naturalmente percebido por advogados, juízes e demais profissionais do direito. A partir do momento que se deixa de negar o papel, ora protagonista, ora coadjuvante das emoções, é possível utilizar as percepções advindas do processo de interpretação dos sentimentos de uma maneira mais eficaz, isto é, voltada à celebração de acordos.

Dessa constação exsurge a função epistemológica da emotividade, como denominada por Erin Ryan. Quando os indivíduos, em especial os negociadores, “[...] entendem melhor a maneira pela qual o conhecimento emocional informa sua prática, eles podem canalizá-lo de maneira mais eficaz – obtendo *insight* onde a sabedoria emocional é mais forte e contendo distorção de julgamento onde a sabedoria emocional é mais fraca”²⁹³.

see themselves as keenly rational thinkers, and negotiators as practitioners of a science with hard skills and identifiable principles.”.

²⁹¹ SHAPIRO, Daniel L. Colloquy: appreciating emotion in conflict processes. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 67-82, 2002. Disponível em: <https://www.gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/nego_20emotions.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 67-68, tradução livre. No texto original: “[...] getting emotional is often viewed as an impediment, an obstacle to the ostensible superiority of rational thinking. Emotions are associated with weakness, loss of control, and disregard for rational interests; to be emotional is seen to be impulsive and shortsighted”.

²⁹² SHAPIRO, Daniel L. Colloquy: appreciating emotion in conflict processes. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 67-82, 2002. Disponível em: <https://www.gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/nego_20emotions.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 68, tradução livre. No texto original: “[...] whereas hiding behind a mask of friendliness and collegiality can save people from some fo the discomfort of emotion-focused dialogue”.

²⁹³ RYAN, Erin. The discourse beneath: emotional epistemology in legal deliberation and negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 231-285, 2005. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/a90d/cflbee4ef03c847756e966deb664be562a51.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 236, tradução livre. No texto original: “When negotiators

No entanto, conforme relatado por Daniel L. Shapiro, um dos problemas que se verifica na prática é a carência genérica dos negociadores de um “[...] vocabulário para descrever claramente sua experiência emocional”. Por exemplo, advogados costumam focar a atuação em “[...] questões substantivas, como a divisão de propriedade ou a distribuição de pagamentos”²⁹⁴. É que, “para muitas pessoas, questões substantivas são frequentemente muito mais fáceis de discutir do que conceitos abstratos e pessoais como humilhação, orgulho ferido e ansiedade”. Entretanto, por mais *racional* que seja, uma negociação “[...] ocorre dentro de um relacionamento, um contexto em que emoções inevitavelmente surgem”²⁹⁵.

Faz parte de uma decisão racional, portanto, entender como operam as emoções e como elas podem ser usadas de forma favorável, ou, ao menos, ter os seus efeitos negativos mitigados durante o processo deliberativo. Assim como saber interpretar o choro de uma criança e decidir se ela precisa ser alimentada, ter sua fralda trocada ou simplesmente dormir revela a função epistemológica da emotividade, estabelecer um diálogo emocional no processo de negociação “[...] confronta cada negociador com a responsabilidade de equilibrar as tensões que surgem entre encorajar e desarmar, tolerar e suportar, e transmitir e ocultar os impulsos emocionais, conforme exigido pelas circunstâncias únicas de cada negociação”²⁹⁶.

better understand the way in which emotional knowing informs their practice, they can more effectively channel it – harvesting insight where emotional wisdom is more strong and containing judgment distortion where emotional wisdom is weakest [...]”.

²⁹⁴ SHAPIRO, Daniel L. Colloquy: appreciating emotion in conflict processes. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 67-82, 2002. Disponível em: <https://www.gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/nego_20emotions.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 68, tradução livre. No texto original: “[...] lack the vocabulary to describe clearly their their emotional experience [...] substantive issues such as division of property or distribution of payments”.

²⁹⁵ SHAPIRO, Daniel L. Colloquy: appreciating emotion in conflict processes. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 1, p. 67-82, 2002. Disponível em: <https://www.gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/nego_20emotions.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 68, tradução livre. No texto original: “for many people, substantive issues are often much easier to discuss than such abstract, personal concepts as humiliation, wounded pride, and anxiety. [...] takes place within a relationship, a context in which emotions inevitably arise”.

²⁹⁶ RYAN, Erin. The discourse beneath: emotional epistemology in legal deliberation and negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 231-285, 2005. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/a90d/cf1bee4ef03c847756e966deb664be562a51.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 262, tradução livre. No texto original: “[...] confronts each negotiator with the responsibility of balancing the tensions that arise between

A todo tempo o ser humano está reagindo ao ambiente, aos seus pensamentos e aos comportamentos de pessoas que o rodeiam – e esse fato não refoge à esfera negocial. Consoante discorre Daniel L. Shapiro, não é à toa que “[...] reagimos emocionalmente quando outros negociadores chegam atrasados, sorriem para a nossa ideia, levantam a voz, apreciam as nossas ideias ou ouvem atentamente”. Ou, ainda, “[...] quando questionamos a verdade da declaração do outro, nos preocupamos em como vamos encerrar a reunião a tempo de pegar as crianças na escola, e assim por diante”²⁹⁷.

De todo modo, em um ambiente negocial, as emoções podem constituir um obstáculo à celebração do acordo ou, ao contrário, podem despontar como um grande trunfo ou ativo no processo de negociação. Segundo Roger Fisher e Daniel L. Shapiro²⁹⁸, existem três consequências comuns que caracterizam as emoções como barreiras à realização de um acordo.

A primeira consequência vinculada à emotividade capaz de impedir a cooperação refere-se ao fato de que as emoções podem desfocar ou desviar a atenção das partes sobre assuntos que importam à negociação. Por exemplo, se o seu advogado – ou mesmo a parte adversa – ficar chateado por qualquer motivo, esta simples sensação ou incômodo demandará atenção e, talvez, para a realização de uma escolha – deve ele sair da sala, desculpar-se ou permanecer sentado, calmo? Essa indagação é pertinente porque a atenção de cada envolvido não está mais focada na busca de um acordo satisfatório, mas sim na decisão sobre qual o melhor meio para se proteger ou qual o melhor ataque naquelas circunstâncias.

A segunda decorrência negativa identificada pelos mencionados autores diz respeito à possibilidade de as emoções danificarem um relacionamento, especialmente quando os sentimentos emergirem de forma desenfreada. Em uma negociação, fortes emoções reduzem a

encouraging and defusing, indulging and withstanding, and conveying and concealing emotional impulses as required by the unique circumstances of each negotiation”.

²⁹⁷ SHAPIRO, Daniel L. A negotiator’s guide to emotion: four ‘laws’ to effective practice. *Dispute Resolution Magazine*, v. 7, n. 3, p. 3-8, 2001. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/disput7&div=19&id=&page=>>>. Acesso em: 16 jun. 2018, p. 4, tradução livre. No texto original: “we react emotionally when other negotiators arrive late, smirk at our idea, raise their voices, appreciate our ideas or listen closely. [...] when we question the truth of the other’s statement, worry about how we are going to close the meeting in time to pick up the kids at school, and so on”.

²⁹⁸ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. New York: Penguin Books, 2006, p. 5-6.

capacidade de cada indivíduo de agir com ponderação e com sabedoria, ofuscando os pensamentos que eram voltados à satisfação das partes. Por exemplo, “com raiva, você pode interromper os longos comentários de um colega que estava prestes a sugerir um acordo viável para ambos. E com ressentimento, ele pode retaliar em silêncio na próxima vez que você precisar do apoio dele”²⁹⁹.

As emoções podem ser usadas, ainda, para explorar os verdadeiros propósitos das partes na negociação, prejudicando, muitas vezes, a realização de um acordo satisfatório. A título de exemplo, eventual demora ou hesitação em informar a parte contrária sobre seus interesses pode revelar os pontos que mais o preocupam ou demonstrar certa vulnerabilidade em questões específicas³⁰⁰. Dito de outro modo, as reações manifestadas pelas partes no decorrer de um processo negocial podem desvendar questões que cada uma se sente mais ou menos confortável, mais ou menos confiante, mais ou menos vulnerável – e essas informações podem ser usadas para prejudicar o acordo ou fazê-lo em termos menos favoráveis ao que fora inicialmente pensado.

Por outro lado, emoções positivas, entendidas por Roger Fisher e Daniel L. Shapiro como aquelas que parecem “pessoalmente edificantes”³⁰¹, a exemplo de orgulho, esperança ou alívio, podem operar em favor da satisfação dos interesses das partes em uma negociação. Quanto à hipótese de as emoções facilitarem o encontro de interesses substantivos entre as partes, destacam os referidos autores que as emoções positivas sentidas em relação à parte contrária e espraiadas no ambiente de negociação “[...] reduzem o medo e a suspeita, mudando seu relacionamento de adversários para colegas”³⁰².

A tendência é, portanto, que as partes sintam-se comprometidas emocionalmente, motivadas para fazer mais, para fazer o melhor

²⁹⁹ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 5, tradução livre. No texto original: “In anger, you may interrupt the long-winded comments of a colleague who was just about to suggest an agreement workable for both of you. An resentment, he may retaliate by silent the next time you need his support.”

³⁰⁰ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 5.

³⁰¹ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 4, tradução livre. No texto original: “a positive emotion feels personally uplifting”.

³⁰² FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 7, tradução livre. No texto original: “positive emotions toward the other person reduce fear and suspicion, changing your relationship from adversaries to colleagues”.

possível em conjunto. As pessoas envolvidas tendem a se mostrar mais abertas a ouvir, a atender os interesses da parte contrária na medida do possível. Sendo assim, a probabilidade de que o acordo eventualmente estabelecido seja estável e duradouro aumenta.

As emoções ditas positivas podem, além disso, melhorar o relacionamento entre as partes, criando um ambiente confortável de negociação e uma rede de segurança. Mesmo estando em lados opostos, a confiança emocionalmente estabelecida permite que as partes discordem, “[...] sabendo que, mesmo que as coisas fiquem tensas, cada um estará lá amanhã para lidar com as coisas”³⁰³.

Não obstante as ponderações aqui apresentadas sobre o papel das emoções, é evidente que essa rede de “camaradagem” não pode ser responsável por concessões insensatas ou pelo agir com excesso de confiança. Ainda que as partes acabem estabelecendo um relacionamento positivo e se sintam extremamente à vontade uma com a outra, é necessário verificar se o acordo proposto atende, de fato, aos seus interesses. Ou seja, antes de se comprometerem com o acordo apresentado, as partes não podem relaxar nem negligenciar a ponto de se prejudicarem.

A ideia não é estabelecer uma relação pura de amizade, mas de coleguismo, guiado por uma prudente e não exacerbada confiança. Justamente para evitar os efeitos negativos e impulsionar a utilidade das emoções, tornando o comportamento cooperativo mais provável entre as partes, Roger Fisher e Daniel L. Shapiro indicam cinco “preocupações centrais”³⁰⁴ que “[...] podem ser usadas como uma ‘lente’ para entender o terreno emocional em uma negociação e como uma ‘alavanca’ para

³⁰³ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 8, tradução livre. No texto original: “[...] knowing that even if thing get tense, each of you will be there tomorrow to deal with things”.

³⁰⁴ As denominadas “preocupações centrais são desejos humanos que são importantes para quase todos em praticamente todas as negociações. Eles são muitas vezes não ditos, mas não menos reais do que nossos interesses tangíveis. Mesmo os negociadores experientes muitas vezes desconhecem as muitas maneiras pelas quais essas preocupações motivam suas decisões”. FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 15, tradução livre. No texto original: “Core concerns are human wants that are important to almost everyone in virtually every negotiation. They are often unspoken but no less real than our tangible interests. Even experienced negotiators are often unaware of the many ways in which these concerns motivate their decisions.”.

estimular emoções úteis”³⁰⁵. Essas ferramentas dividem-se em: apreciação, autonomia, afiliação, *status* e função³⁰⁶.

Sem adentrar o campo das especificidades de cada “preocupação”, por extrapolar do escopo do presente trabalho, vale mencionar que a *apreciação*, em ligeira lição, refere-se à valorização, ou não, das emoções e ações tomadas por uma das partes no contexto de uma negociação. A *autonomia* diz respeito à percepção das partes acerca de sua liberdade decisória, se ela é respeitada ou afetada pelos envolvidos no processo negocial. A “preocupação” da *afiliação* guarda vínculo com o nível de relacionamento interpessoal entre as partes; se elas se observam como adversárias e mantêm distância uma da outra ou se veem como colegas e buscam fortificar ou manter práticas de concessões mutuamente benéficas. Essa análise leva à verificação do *status*, quarta “preocupação”, que se refere ao reconhecimento das decisões tomadas, quando merecido, considerando a posição desempenhada, ou se as partes se tratam com inferioridade. A quinta e última “preocupação”, denominada *função*, vincula-se ao significado do papel desempenhado pelas partes no contexto da negociação, implicando verificar se ele é percebido como gratificante ou pessoalmente insignificante.

Todas essas ferramentas, a partir da mútua observação e da análise do comportamento das pessoas envolvidas no processo negocial, podem ser utilizadas para determinar a propensão de reação das partes e, assim, cientes das consequências das emoções, ambas podem empregá-las, de forma estrategicamente positiva, em prol da cooperação na negociação. Por exemplo, se um advogado trata o outro como adversário – “preocupação” da *afiliação* –, essa forma de tratamento pode causar emoções potencialmente negativas, como raiva, indignação, desgosto, ressentimento, irritação, nojo, desdém, repulsa, entre outras. Como consequência, aquele que percebe esses sentimentos pode reagir de forma contrária aos seus próprios interesses na medida em que o seu foco deixa de ser a resolução do problema ou o acordo e passa a ser a pessoa que causou as citadas emoções. Nesse caso, a tendência é as

³⁰⁵ SHAPIRO, Daniel L. Teaching students how to use emotions as they negotiate. *Negotiation Journal*, p. 105-109, jan. 2006. Disponível em: <https://www.beyond-reason.net/teaching/teaching_students.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018, p. 106, tradução livre. No texto original: “[...] can be used as a ‘lens’ to understand the emotional terrain in a negotiation and as a ‘lever’ to stimulate helpful emotions”.

³⁰⁶ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 17.

partes manifestarem a intenção de “seguir sozinhas”, com pouca ou nenhuma intenção de cooperar³⁰⁷.

Pode-se imaginar, ainda, um caso em que o magistrado inferioriza a posição desempenhada pelas partes – “preocupação” do *status*. Aqui, emoções negativas como ansiedade, medo, nervosismo, inquietude, inveja e ciúmes em relação à parte que está sendo bem tratada, angústia, culpa, vergonha e humilhação são exemplos de sentimentos que podem surgir. Mais uma vez, a consequência pode ser negativa, pois a parte tende a pensar de forma rígida, ao sentir-se indigna de confiança³⁰⁸.

Sob outra perspectiva, se a parte contrária percebe que suas ideias, sugestões e apontamentos são apreciados ou que é tratada com coleguismo e sua posição (*status*) é respeitada, é provável que ela sinta emoções potencialmente positivas, como entusiasmo, afeto, cuidado, conforto, calma, descontração, orgulho, realização, coragem e afeição. Nessa hipótese, a tendência é que as partes cooperem, trabalhem juntas, sejam criativas e se percebam mutuamente confiáveis³⁰⁹.

Na vertente estratégica, quando as pessoas envolvidas em um processo de negociação têm ciência de que suas falas, ações, posturas e omissões podem gerar no outro emoções negativas ou positivas, com consequências potencialmente prejudiciais ou benéficas aos seus interesses, abre-se um vasto campo para a manipulação³¹⁰.

Em termos pragmáticos, dizer o que a outra parte *quer* ouvir, a fim de que ela ceda em uma cláusula contratual; fazer elogios aos apontamentos contrários para gerar um sentimento de apreciação; respeitar e estimar a posição alheia; demonstrar interesse sobre a vida pessoal, a fim de aumentar a confiança e o coleguismo, são exemplos que podem fazer a diferença na escolha entre a realização de um acordo

³⁰⁷ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 19.

³⁰⁸ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 19.

³⁰⁹ FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*, p. 19.

³¹⁰ É importante mencionar que o termo “manipulação” está sendo utilizado para enfatizar a possibilidade de influenciar ou mudar a percepção da outra pessoa sobre determinado assunto. Ou seja, não se está presumindo o uso de táticas desleais, enganosas ou mesmo abusivas, mas, também, não se está excluindo essa hipótese, pois sempre existirá aqueles que agem de má-fé. Sob a perspectiva positiva, abordar-se-á no presente trabalho a *nudge theory*, cujas nuances objetivam *empurrar levemente* as pessoas para determinadas escolhas, em tese mais benéficas a elas.

e a propositura de uma ação judicial³¹¹. Nessa linha, por exemplo, um *simples* pedido de desculpas pode aumentar consideravelmente a probabilidade da realização de um acordo.

A propósito, Russell Korobkin e Chris Guthrie³¹² conduziram o primeiro estudo experimental voltado à análise da influência de um pedido de desculpas sobre a decisão das partes de celebrar ou não um acordo. A hipótese criada pelos referidos autores, apresentada a estudantes de graduação, retrata uma disputa entre o inquilino/locatário e o locador/proprietário de um apartamento.

O ponto central da contenda diz respeito ao fato de o aquecedor do apartamento, cujo aluguel era de \$1.000,00, ter quebrado sem culpa do inquilino, o qual passou a exigir do locador o conserto do aparelho. Este, por sua vez, prometeu de forma reiterada ao locatário que realizaria o reparo necessário, porém, nunca o fez. Durante quatro meses – novembro, dezembro, janeiro e fevereiro –, o inquilino viveu sem aquecimento, mas continuou a pagar o valor do aluguel integralmente.

Depois de expirar o contrato de aluguel, firmado por seis meses, o inquilino encontrou outro local para residir e acabou propondo uma ação judicial contra o locador anterior, tendo em vista que este não consertou o aquecedor do apartamento. Antes do julgamento, o inquilino e o antigo proprietário concordaram em se reunir, oportunidade em que este pediu desculpas por seu comportamento.

Por ocasião da reunião, o proprietário disse ao inquilino: “eu sei que isso não é uma desculpa aceitável [...], mas eu tenho estado sob uma

³¹¹ Segundo Jennifer K. Robbennolt, “[...] um aspecto central da negociação é como as partes envolvidas na negociação percebem, interpretam e compreendem o contexto da negociação, a outra parte e elas próprias. [...] as percepções dos negociadores não são necessariamente estáticas – participação no processo e interação entre as partes da negociação podem moldar as percepções” (Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>.

Acesso em: 10 jul. 2018, p. 481, tradução livre). No texto original: “[...] a central aspect of negotiation i show the parties to the negotiation perceive, interpret, and understand the context of negotiation, the other party, and themselves. [...] negotiator perceptions are not necessarily static – participation in the process and interaction between the parties to the negotiation can shape perceptions”.

³¹² KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 178.

grande pressão ultimamente”³¹³. Na sequência, o locador fez uma proposta de acordo ao locatário no valor de \$900,00, desde que este desistisse de prosseguir com a ação judicial. Os participantes da pesquisa foram informados de que a oferta apresentada para acordo era a mais alta que o locatário conseguiria receber e que não haveria outras possibilidades de reuniões ou encontros com o locador.

A partir desse caso, foram apresentadas cinco opções aos participantes do experimento, os quais deveriam responder se: a) “definitivamente aceitariam a oferta”; b) “provavelmente aceitariam a oferta”; c) “indeciso”; d) “provavelmente rejeitariam a oferta”; e e) “definitivamente rejeitariam a oferta”³¹⁴.

O grupo de estudantes que recebeu a hipótese com o pedido de desculpas mostrou-se mais inclinado³¹⁵ a aceitar a proposta de acordo do que o grupo que tinha apenas a informação de que o locador havia quebrado a sua promessa de consertar o aquecedor do apartamento, sem a respectiva justificativa. Enquanto 30% dos participantes que não receberam o caso narrado com o pedido de desculpas assinalaram que definitivamente rejeitariam a oferta de acordo, apenas 12% do outro grupo escolheu esta alternativa.

Como inferem Russell Korobkin e Chris Guthrie, a despeito de o pedido de desculpas não ter afastado “[...] todos os maus sentimentos dos participantes, ele forneceu uma justificativa suficiente da posição

³¹³ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 178, tradução livre. No texto original: “‘I know this is not an acceptable excuse’, he told you, ‘but I have been under a great deal of pressure lately.’”.

³¹⁴ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 178, tradução livre. No texto original: “definitely accept the offer”; “probably accept the offer”; “undecided”; “probably reject the offer”; “definitely reject the offer”.

³¹⁵ Conforme constatado por Russell Korobkin e Chris Guthrie, “apology subjects gave a mean response of 2.93 (n=59) compared to the 2.60 score given by the Broken Promise Group”. Convém salientar que o “Broken Promese Group” refere-se aos participantes que receberam o caso sem o pedido de desculpas (Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 148).

moral e do senso de equidade do inquilino para impedir que os sujeitos definitivamente rejeitassem a oferta”³¹⁶. No entanto, ainda que o experimento realizado pelos estudantes indique que um pedido de desculpas pode, de fato, exercer um papel importante no decorrer das negociações e durante o trâmite de uma ação judicial, vale notar que, em nenhum momento, o locador teria dito a clássica frase “desculpe-me”.

Aliás, essa questão foi notada³¹⁷ pelos autores da pesquisa, quando aventaram a possibilidade de alguns participantes não terem percebido a frase do proprietário – “eu sei que isso não é uma desculpa aceitável [...], mas eu tenho estado sob uma grande pressão ultimamente” – como um efetivo e real pedido de desculpas ou uma demonstração de remorso, mas sim como mera justificativa.

Em vista disso, Jennifer K. Robbennolt enfatiza que mesmo quando o pedido de desculpas não convence a parte a aceitar de forma imediata o acordo proposto, tal solicitação “[...] pode mudar favoravelmente a dinâmica da negociação para suavizar o caminho para um eventual acordo – um acordo que pode vir mais rapidamente ou ser mais satisfatório como resultado do pedido de desculpas”³¹⁸. Isso dependerá, em grande parte, de variáveis como “[...] as percepções e as atribuições dos participantes, as reações afetivas e a disposição para perdoar [...]”³¹⁹. De maneira mais genérica, dependerá também da “[...]”

³¹⁶ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 148, tradução livre. No texto original: “[...] while the apology we tested did not mitigate all of the subjects’ bad feelings, it provided enough vindication of the tenant’s moral position and sense of equity to prevent subjects from definitively rejecting the offer”.

³¹⁷ KOROBKIN, Russell B.; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em:

<https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018, p. 149.

³¹⁸ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>.

Acesso em: 10 jul. 2018, p. 482, tradução livre. No texto original: “[...] may favorably change the dynamics of the negotiation to smooth the way toward an eventual settlement – a settlement that may come more quickly or be more satisfactory as a result of the apology”.

³¹⁹ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>.

natureza do caso, dos tomadores de decisão, das emoções que provavelmente estarão envolvidas e, é claro, dos critérios usados para definir o processo e o julgamento ideais³²⁰.

No experimento³²¹ realizado por Jennifer K. Robbennolt sobre a influência do pedido de desculpas na decisão das partes, de forma diversa dos pesquisadores Russell Korobkin e Chris Guthrie, foi dada ênfase aos diferentes tipos ou naturezas de pedidos de desculpas. Em síntese, concluiu a autora que apenas o pedido de desculpas total, em que uma das partes assume e aceita por completo a responsabilidade do conflito, tende a aumentar de forma considerável a probabilidade de realização do acordo. Isso porque, no caso em que o ofensor apresentou um pedido de desculpas completo, como relatou a mencionada autora, os participantes visualizaram arrependimento na sua conduta, “mais moral” e uma maior probabilidade de o ofensor ser cuidadoso no futuro e não repetir o fato gerador do conflito³²². Por outro lado, um pedido de desculpas parcial, entendido como aquele em que “[...] a outra parte apenas expressou simpatia pelas possíveis lesões do requerente [...]”³²³, pode ser prejudicial à celebração de um acordo, em especial quando a

Acesso em: 10 jul. 2018, p. 482, tradução livre. No texto original: “[...] participants’ perceptions and attributions, affective reactions, and willingness to forgive [...]”.

³²⁰ FEIGENSON, Neal. Emotional influences on judgments of legal blame: how they happen, whether they should and why to do about it. In: BORNSTEIN, Brian, H; WIENER, Richard L. (Ed.). *Emotion and the law: psychological perspectives*. Nebraska Symposium on Motivation, 56. New York: Springer, 2010, p. 89. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/227090462_Emotional_Influences_on_Judgments_of_Legal_Blame_How_They_Happen_Whether_They_Should_and_What_to_Do_About_It>. Acesso em: 9 jul. 2018, tradução livre. No texto original: “[...] emotions may improve or impair legal judgment. Whether emotions do so in any particular case depends on the nature of the case, the decision makers, the emotions likely to be involved, and of course the criteria used to define the optimal judgement process and outcome”.

³²¹ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>. Acesso em: 10 jul. 2018, p. 482-483.

³²² ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>. Acesso em: 10 jul. 2018, p. 496.

³²³ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>. Acesso em: 10 jul. 2018, p. 484, tradução livre. No texto original: “[...] the other party merely expressed sympathy for the potential claimant’s injuries [...]”.

lesão é grave ou quando há fortes evidências da responsabilidade do ofensor.

Nesse ponto, quando o ofensor não assumiu por completo a responsabilidade por ter gerado um grave dano para a outra parte – ou seja, apresentou um pedido de desculpas apenas parcial –, os participantes atribuíram um grau de responsabilidade maior ao ofensor e a oferta de acordo apresentada “[...] foi vista como menos propensa a compensar a lesão”³²⁴. Todavia, na hipótese de o dano causado ser menos severo e não restar clara a responsabilidade do ofensor, um pedido parcial de desculpas pode ser benéfico à realização do acordo, pois é percebido “[...] como mais suficiente do que nenhum pedido de desculpas”³²⁵.

Demonstra-se mais efetiva à celebração de um acordo, portanto, a apresentação de um pedido completo de desculpas, ao passo em que este pode reduzir os sentimentos negativos da parte contrária, como raiva ou indignação. A cooperação tende a aumentar à medida que as emoções negativas são mitigadas e pedir desculpas, ainda que de forma parcial, pode revelar-se uma boa estratégia no contexto das negociações³²⁶.

Ainda que dependa de diversas variáveis – como as diferentes percepções das partes, a disposição de ambas para perdoar ou relevar a conduta do ofensor, a natureza do caso, as emoções envolvidas e a gravidade do dano/lesão sofrido –, a expressão dos sentimentos,

³²⁴ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>.

Acesso em: 10 jul. 2018, p. 498, tradução livre. No texto original: “[...] and the offer was seen as less likely to make up for the injury”.

³²⁵ ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>>.

Acesso em: 10 jul. 2018, p. 499, tradução livre. No texto original: “[...] more sufficient than no apology”.

³²⁶ No âmbito processual-penal, Margareth Etienne e Jennifer K. Robbennolt demonstraram que um pedido de desculpas tende a funcionar de maneira semelhante ao ora abordado, ou seja, reduzindo a raiva, amenizando os sentimentos de culpa e aumentando a simpatia pelo ofensor. No entanto, a dinâmica do *plea bargaining* do sistema de justiça criminal americano, no qual os advogados negociam e as partes não se encontram cara a cara, tende a reduzir a eficácia do pedido de desculpas (Apologies and plea bargaining. *Marquette Law Review*, v. 91, Issue 1, p. 295-322, 2007. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/834d/c6ed4e87a313c54bbc1877bed0d318642bd5.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018).

eventualmente acompanhada de um pedido de desculpas parcial ou total, leva a uma compreensão mais profunda e humana do conflito³²⁷.

É evidente que a operacionalidade das emoções pode gerar tanto consequências positivas quanto negativas. Por vezes, as emoções funcionam como obstáculos à realização de um acordo, especialmente quando a raiva e o sentimento de “vingança” prevalecem³²⁸. Em outras ocasiões, a expressão dos sentimentos opera como um ativo, ajudando as partes a superarem o conflito e a enxergarem a mútua cooperação como o melhor caminho a trilhar para a resolução do caso.

Deve-se ter cuidado com a heurística do afeto, ressaltando-se que obter conhecimento sobre como este atalho cognitivo opera é o melhor meio para evitar ou mitigar a potencialidade negativa das emoções e, de outra banda, para exaltar o uso estratégico e benéfico dos sentimentos. Ainda que exista certa resistência³²⁹ dos operadores do direito sobre a operacionalidade das emoções no desenrolar dos conflitos, negar esse importante papel apenas representa mais um obstáculo à cooperação das partes.

Como se abordará no próximo capítulo, os vieses confirmatório, egocêntrico e otimista também atuam, em maior ou menor grau, durante

³²⁷ ROBINSON, Peter. An empirical study of settlement conference nuts and bolts: settlement judges facilitating communication, compromise and fear. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n. 97, p. 97-149, 2012. Disponível em: <<http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018, p. 130.

³²⁸ Sob essa perspectiva, a demora no trâmite processual, por exemplo, para a designação da audiência de conciliação (artigo 334 do Código de Processo Civil), pode ser benéfica. Ou seja, a passagem do tempo entre o fato danoso e a reunião das partes para decidirem se prosseguem com a ação judicial ou se celebram um acordo é essencial para mitigar a força das emoções. Com o decorrer do tempo, a probabilidade de as emoções não estarem “à flor da pele” aumenta e, portanto, torna-se mais palatável a cooperação ou, por exemplo, eventual aceitação de um pedido de desculpas.

³²⁹ Nos termos inferidos por Erin Ryan, “nas arenas jurídicas, o valor epistemológico da percepção emocional é fundamental, à medida que advogados, juizes e formuladores de políticas consultam dados emocionais na avaliação de fatos, na compreensão de argumentos, na formulação de propostas e na negociação de resoluções. [...] No entanto, a maioria continua a praticar como se reconhecer a emotividade no discurso jurídico representasse uma traição à profissão.” (The discourse beneath: emotional epistemology in legal deliberation and negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 231-285, 2005. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/a90d/cf1bee4ef03c847756e966deb664be562a51.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018, p. 238, tradução livre). No texto original: “In the legal arenas, the epistemological value of emotional insight is pivotal, as lawyers, judges, and policymakers consult emotional data in evaluating facts, understanding arguments, formulating proposals, and negotiating resolutions. [...] Yet most continue to practice as though acknowledging emotionality in legal discourse represents a betrayal of the profession.”.

o processo decisório dos indivíduos. Com enfoque na escolha entre litigar e realizar um acordo, o próximo capítulo congregará os mencionados vieses, enfatizando os possíveis efeitos por eles provocados na tomada da referida decisão. No fim dessa abordagem, buscar-se-á estabelecer eventuais medidas mitigatórias ou acautelatórias do campo de atuação desses atalhos cognitivos.

4 OS EFEITOS DOS VIESES COGNITIVOS CONFIRMATÓRIO, EGOCÊNTRICO E OTIMISTA NO PROCESSO DECISÓRIO RELATIVO À LITIGÂNCIA E À CELEBRAÇÃO DE ACORDOS

Em continuidade ao processo de subsumir a atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos ao contexto da decisão relativa à litigância, o objetivo do presente capítulo é analisar os vieses confirmatório e egocêntrico – este em conjunto com a heurística do excesso de confiança – e, por último, o viés otimista. Convém salientar que se optou por iniciar um novo capítulo, embora o seu escopo não divirja do anterior, apenas para melhor estruturar e organizar o presente estudo.

Não obstante, considera-se que os vieses confirmatório e otimista resguardam uma singela e peculiar importância, pois o campo de atuação desses atalhos cognitivos é mais perceptivo e possui um alto grau de influência no comportamento das partes, dos advogados, dos juízes e dos demais operadores. Na primeira parte deste capítulo, portanto, trata-se das diversas consequências decorrentes da atuação do viés confirmatório, voltando-se a análise tanto para o potencial litigante quanto para as decisões tomadas pelo órgão julgador.

Depois de discorrer sobre a atuação do viés egocêntrico, em conjunto com a heurística do excesso de confiança, aborda-se o viés do otimismo e suas intercorrências na decisão de litigar ou de realizar um acordo. Neste ponto do estudo, pretende-se centrar a análise no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, especialmente no que tange à aplicação da regra inglesa de alocação de custas e despesas processuais e à possibilidade de acesso gratuito à prestação jurisdicional.

A despeito de o presente estudo encerrar-se com a análise do viés otimista, convém registrar, desde logo, que este trabalho não esgota a temática relativa à influência das heurísticas e dos vieses na decisão referente à litigância. Existem outros atalhos cognitivos que podem influir, em maior ou menor grau, na realização dessa escolha e na atuação dos demais profissionais do direito, a exemplo dos advogados e dos juízes. Desta feita, a intenção primária deste estudo é trazer à tona aspectos subjetivos da decisão humana, a fim de que as pessoas, ao menos, tomem consciência de sua existência – o que já configura, como visto, uma medida mitigatória do campo de atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos.

4.1 O PERIGO DA POSIÇÃO INICIAL OU DA PRÉ-CONCEPÇÃO: A VISÃO SELETIVA E A COLETA AFUNILADA DE INFORMAÇÕES

Um estudo experimental³³⁰ realizado por Charles G. Lord, Lee Ross e Mark R. Lepper recrutou quarenta e oito alunos de graduação da Universidade de Stanford, dos quais metade se posicionava de modo favorável à pena de morte e a outra se opunha expressamente a essa forma de punição. Dando início à experiência e com os participantes reunidos em torno de uma grande mesa, o pesquisador determinou que cada estudante deveria ler dois estudos de um total de vinte, aleatoriamente selecionados.

As pesquisas escolhidas abordavam a eficácia dissuasora da aplicação da pena de morte em relação ao cometimento de novos crimes de homicídio. Os participantes, por sua vez, deveriam usar seus “[...] próprios ‘poderes avaliativos’ para pensar sobre o que o autor(es) do estudo fez, o que os críticos tinham a dizer e se a pesquisa fornecia apoio para um lado ou outro da questão”³³¹. Depois de explicar o objetivo do experimento, o pesquisador mostrou aos grupos um conjunto de dez fichas, cada uma contendo uma breve declaração dos resultados apresentados em cada estudo.

Os cartões forneciam informações “pró-dissuasivas” em relação à pena de morte, como por exemplo, “em 11 dos 14 Estados, as taxas de homicídio foram menores após a adoção da pena de morte”, e dados “antidissuasivos” à previsão deste tipo de sanção, a exemplo da frase “em 8 dos 10 pares, as taxas de homicídio eram mais altas no Estado com pena de morte”. Para fins de controle do experimento, metade dos participantes favoráveis e metade do grupo contrário à pena de morte

³³⁰ LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: <<https://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/jpsp-1979-Lord-Ross-Lepper.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

³³¹ LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: <<https://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/jpsp-1979-Lord-Ross-Lepper.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 2100, tradução livre. No texto original: “[...] use their own ‘evaluative powers’ in thinking about what the author(s) of the study did, what the critics had to say, and whether the research provided support for one side or the other side of this issue”.

viram primeiro um resultado “pró-dissuasão” e a outra um resultado “antidissuasão”.

Depois da leitura dos citados cartões, os participantes responderam a dois conjuntos de perguntas, em escalas de 16 pontos, sobre eventuais mudanças em suas crenças ou atitudes em relação à pena de morte (-8 = mais oposição a 8 = mais favorável) e sobre suas percepções acerca da eficácia dissuasória da referida sanção (-8 = menos crença de que a pena de morte tem um efeito dissuasivo a 8 = mais crença no efeito dissuasivo).

Em seguida, o pesquisador forneceu aos participantes estudos detalhados sobre os cartões lidos anteriormente, os quais continham informações acerca do procedimento adotado pelos autores, por exemplo, críticas que haviam sido elaboradas pela literatura, gráficos dos estudos e reiteração dos resultados. Depois de lerem essas descrições mais detalhadas dos estudos apresentados, os participantes deveriam julgar quão boa ou quão pobre havia sido a condução dessas pesquisas (-8 = muito mal feita a 8 = muito bem-feita) e, ainda, quão convincente os estudos aparentavam ser em relação à eficácia dissuasória da pena de morte (-8 = completamente não convincente a 8 = completamente convincente).

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

O resultado do experimento pode ser resumido na seguinte frase: “[...] as primeiras impressões carregam um peso desproporcional”³³². Não obstante os pesquisadores Charles G. Lord, Lee Ross e Mark R. Lepper terem exposto aos participantes favoráveis e contrários à pena de morte diversas evidências e estudos em níveis equivalentes de apoio e de não confirmação da eficácia dissuasória da referida sanção, o efeito

³³² HANSON, Jon D; KYSAR, Douglas A. Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation. *New York University Law Review*, v. 74, p. 630-749, 1999. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-74-3-Hanson-Kysar.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 646, tradução livre. No texto original: “[...] first impressions carry disproportionate weight”.

que esse esforço causou foi o de “[...] aumentar profundamente o fosso entre os seus pontos de vistas”³³³.

Em outros termos, aqueles que já eram favoráveis à pena de morte reputaram que os estudos confirmadores de suas posições eram melhores e mais convincentes. Os participantes inicialmente contrários à pena de morte também agiram dessa forma, ou seja, mantiveram sua posição inicial e julgaram como superiores as pesquisas que os amparavam. É que “as operações da memória associativa contribuem para um *viés de confirmação* (*confirmation bias*) geral”³³⁴. Isso se traduz na premissa de que “[...] as pessoas (e os cientistas, muitas vezes) buscam dados que tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento”³³⁵. Nos âmbitos legal e jurisdicional é possível observar inúmeras possibilidades de ocorrência dessa propensão comportamental e em níveis de *perigo* e de *foco* diferenciados para cada tipo de profissional envolvido – aliás, no contexto do processo judicial, como se verá, a atuação eventualmente enviesada do juiz é a mais preocupante.

Antes de abordar essas especificidades, faz-se necessário diferenciar os significados de *construir um caso de forma consciente e deliberada* e de *alguém se envolver na construção de um caso sem estar plenamente ciente de fazê-lo*. Segundo Raymond S. Nickerson, a primeira hipótese pode ser ilustrada pela atuação dos advogados e dos promotores de justiça, pois enquanto o trabalho daqueles se resume a “[...] fazer um caso para um ou outro lado de uma disputa legal”, estes tentam “[...] mobilizar evidências para apoiar a alegação de que um crime foi cometido”³³⁶.

Por conseguinte, “nenhum deles está comprometido com uma ponderação imparcial de todas as evidências em mãos, mas cada um é

³³³ LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: <<https://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/jpsp-1979-Lord-Ross-Lepper.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 2105, tradução livre. No texto original: “[...] increase further the gap between their views”.

³³⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 106.

³³⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 106.

³³⁶ NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: <<http://pages.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 175, tradução livre. No texto original: “[...] is to make a case for one or the other side of a legal dispute. [...] tries to marshal evidence to support the contention that a crime has been committed”.

motivado a confirmar uma determinada posição”³³⁷. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a atuação do viés confirmatório é mais forte em processos de construção de casos ou em situações nas quais a pessoa não se incline a seguir certo posicionamento ou a defender os direitos de seu cliente, por exemplo.

A linha que caracteriza o uso seletivo e deliberado de informações e o enquadramento inconsciente das evidências apresentadas, com o objetivo de confirmar uma hipótese ou uma crença primária, revela-se primordial na tarefa de verificação do nível de atuação do viés confirmatório. Ora, o desempenho de um advogado, por exemplo, contratado para defender determinada causa é extremamente motivado pelo desejo de defender o ponto de vista de seu cliente.

Há uma maior probabilidade, portanto, de que o advogado trate as evidências encontradas de uma maneira tendenciosa, justamente por estar motivado a confirmar apenas um lado da história, a agir de maneira parcial na defesa de seu cliente – como deve ser³³⁸. No entanto, essa forma de atuação tende a estar baseada no Sistema 1, o qual “[...] detecta relações simples (‘eles são todos parecidos’, ‘o filho é mais alto que o pai’) e se sobressai em integrar informação sobre uma coisa, mas ele não lida com tópicos distintos e múltiplos de uma vez”³³⁹.

Ainda, nos âmbitos legal e jurisdicional, a problemática quanto ao viés confirmatório exsurge quando o profissional que está atuando em determinado caso não deve agir de maneira parcial, a favor de uma ou de outra parte. Isso porque a *descrença*, ou seja, a possibilidade de duvidar de algo, de alguma informação ou de uma evidência é uma operação do Sistema 2, que, “[...] às vezes, acha-se ocupado, e muitas vezes é preguiçoso”³⁴⁰.

Daí a importância e a dificuldade de as pessoas serem imparciais, pois “a tentativa de acreditar é uma operação automática do Sistema 1, o que implica a construção da melhor interpretação possível da

³³⁷ NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: <<http://pages.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 175, tradução livre. No texto original: “Neither is committed to an unbiased weighing of all the evidence at hand, but each is motivated to confirm a particular position.”.

³³⁸ Pontualmente, Piero Calamandrei discorre que o advogado “é chamado a encontrar, diante de uma conclusão já conhecida (a que dá razão a seu cliente), as premissas que melhor servem para justificá-la” (*Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 177).

³³⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 49.

³⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 106.

situação”³⁴¹. A dúvida, elemento do Sistema 2, pode nem chegar a acontecer e, a partir do momento em que uma pessoa toma uma posição sobre determinado assunto, o seu “propósito primordial” será “[...] defender ou justificar essa posição”³⁴².

Voltando ao desempenho do advogado, por exemplo, o fato de ele já ser direcionado à parcialidade e à defesa de seu cliente pode gerar ações não cooperativas ao longo das negociações e do processo judicial. A tendência é que o advogado busque construir argumentos e evidências que amparem a versão apresentada pela parte que o contratou.

No entanto, essa atuação afunilada em busca de provas, confirmações e argumentos que sustentem apenas uma versão pode ser prejudicial à celebração de um acordo, pois, muitas vezes, o advogado não prestará atenção nas informações relevantes e divergentes que a outra parte pode ter contra ele. De forma pontual, Robert S. Adler infere que os “negociadores podem facilmente cair na armadilha da confirmação quando insistem cegamente em seu ponto de vista enquanto negociam”³⁴³.

Especialmente em meio a debates e discussões, quando há pouco tempo para reflexão e o reconhecimento de argumentos trazidos pela parte adversa pode ser um sinal de fraqueza, se uma das partes já entrar na negociação com “[...] uma suposição sobre o comportamento de seu oponente, é provável que encontre exemplos de confirmação desse comportamento, mesmo quando as evidências para isso possam ser insuficientes”³⁴⁴.

³⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 105.

³⁴² NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: <<http://pages.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018, p. 177, tradução livre. No texto original: “[...] once one has taken a position on an issue, one’s primary purpose becomes that of defending or justifying that position”.

³⁴³ ADLER, Robert S. Flawed thinking: addressing decision biases in negotiation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, OH, v. 30, issue n. 3, p. 685-774, 2005. Disponível em:

<https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/77106/OSJDR_V20N3_0683.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 715, tradução livre. No texto original: “negotiators can easily fall into the confirmation trap when they blindly insist on their point of view while bargaining”.

³⁴⁴ ADLER, Robert S. Flawed thinking: addressing decision biases in negotiation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Columbus, OH, v. 30, issue n. 3, p. 685-774, 2005. Disponível em:

<https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/77106/OSJDR_V20N3_0683.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 715, tradução livre. No texto original: “[...] where little time is afforded for reflection and where conceding intellectual points can be a sign

A tendência, por conseguinte, é o advogado perscrutar evidências que confirmem os seus pontos fortes e aqueles que enfraquecem os argumentos da parte contrária, sem duvidar dos fatos que lhe foram aprioristicamente apresentados. Essa atitude pode ter um efeito positivo ou negativo, pois a atuação do viés confirmatório pode levar as partes à tomada de uma decisão acertada ou equivocada, a depender da posição inicial apresentada, dos comportamentos exibidos e das informações disponíveis a ambas.

Importa mencionar que enquanto a parte contrária tende a fazer a mesma coisa, isto é, focalizar a sua atuação na ratificação da sua versão e na atenuação dos pontos relevantes da outra parte, ambas esquecem não só de trazer o elemento dúvida para o cenário, mas, também, de analisar o caso sob a ótica do *inimigo*. Nesse contexto, é saudável e salutar para as negociações que os advogados duvidem da história contada por seus clientes – não para deixar de defendê-los com todo o seu potencial, mas sim para trabalhar com o Sistema 2 na medida em que “o viés confirmatório do Sistema 1 favorece a aceitação acrítica de sugestões”³⁴⁵.

Para que haja reflexão sobre as informações e as provas apresentadas, deve-se duvidar das crenças e das impressões preliminares. Sob a perspectiva do juiz, considerando o papel decisório por ele desempenhado, a possibilidade de sua afetação pelo viés confirmatório é mais inquietante.

De início, bem sabemos que os elementos fáticos expostos ao magistrado nunca serão completos ou plenamente realísticos, pois já partem de uma prévia avaliação realizada por terceira pessoa – o advogado, a parte, o promotor de justiça ou a autoridade policial/investigativa. Ao analisar o caso em particular, que é repleto de informações incompletas, o juiz tende a experimentar uma inclinação e escolher, desde logo, o lado que lhe fez mais sentido e que aparentou ser o mais crível.

A partir desse momento, ainda que a posição inicial tomada possa estar equivocada diante da escassez de dados disponíveis ou até mesmo devido a contágios de cunho emocional (como visto na análise da heurística do afeto), o juiz tende a selecionar as provas e os argumentos

of weakness [...]. [...] an assumption about his or her opponent's behavior, one is likely to find to find confirming examples of this behavior even when evidence for it may be skimpy”.

³⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 106.

que confirmem a sua crença preliminar e afastar tudo que se puser em dissonância com essa opinião.

Como apontado por Piero Calamandrei, “embora se continue a repetir que a sentença pode se reduzir esquematicamente a um silogismo no qual, a partir de premissas dadas, o juiz tira a conclusão apenas em virtude da lógica”, diversas vezes já aconteceu de o juiz, ao prolatar a sentença, inverter a ordem normal do silogismo, isto é, encontrar antes a conclusão e só depois apresentar as premissas que servem para justificá-la³⁴⁶. A decisão judicial, além disso, implica “emoção e volição, visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo”³⁴⁷.

No âmbito processual-criminal, por exemplo, em um dos experimentos realizados por Eric Rassin, Anita Eerland e Ilse Kuijpers, quando foi apresentado a estudantes de direito um caso de homicídio, concluiu-se que o nível de convencimento dos participantes acerca da culpa do suspeito, baseado na quantidade de evidências, é inversamente proporcional à abertura pessoal a novos cenários. Ou seja, quanto mais convencido se está da culpa de alguém, menos possibilidades ou caminhos alternativos são visualizados³⁴⁸.

Na avaliação de Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, “[...] em vez de predominar o pensamento exploratório – tanto no âmbito policial quanto judicial – predomina o viés de confirmação”³⁴⁹. Essa afirmação exalta a tendência das pessoas de exagerarem em uma correlação quando esta confirma a hipótese por elas sustentada ou, ao revés, de subestimarem esta mesma correlação quando não se aceita uma via alternativa – esta forma de agir, aliás, é um dos principais efeitos provocados pelo viés confirmatório³⁵⁰.

³⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*, p. 176.

³⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 75.

³⁴⁸ RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let’s find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 7, p. 231-246, 2010. Disponível em: <<https://psyarxiv.com/8ju9v/>>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 240.

³⁴⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, p. 50.

³⁵⁰ HANSON, Jon D.; KYSAR, Douglas A. Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation. *New York University Law Review*, v. 74, p. 630-749, 1999. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-74-3-Hanson-Kysar.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018, p. 649.

Exemplo realístico, que denota o perigo do viés confirmatório, retratado por Itiel E. Dror e Peter A. F. Fraser-Mackenzie³⁵¹, diz respeito ao caso Jean Charles de Menezes, ocorrido em 22 de julho de 2005. Contextualizando a situação, que foi amplamente divulgada pela mídia à época do fato, Jean Charles de Menezes foi alvejado a tiros por policiais, no interior da estação de metrô Stockwell de Londres, por ter sido incorretamente confundido com o “homem bomba” Hussain Osman.

Conforme apontado pelos sobreditos pesquisadores, o complexo residencial em que Jean Charles de Menezes morava estava sob vigilância policial porque Hussain Osman, suspeito de ser um potencial homem-bomba, havia vivido no mesmo local. No dia fatídico, assim que saiu de sua casa, Jean Charles de Menezes passou a ser seguido por policiais, os quais pensavam que ele poderia ser o investigado Osman Hussain. A partir desse momento, os agentes estavam tomados por essa pré-concepção.

Em seguida, Jean Charles de Menezes pegou um ônibus até a estação de metrô, onde foi visto pegando outro transporte e, na sequência, mais uma condução. Suas ações foram interpretadas como tentativa de se desvencilhar da vigilância policial, quando, na verdade, Jean Charles de Menezes apenas estava indo para outra estação de metrô pelo fato de a primeira estar fechada.

Ao embarcar em um trem na estação de metrô Stockwell, os policiais estavam convencidos de que Jean Charles de Menezes era Osman Hussain e um potencial homem-bomba, razão por que desferiram os tiros que causaram a sua morte. Segundo apontado pelos pesquisadores, “informações neutras subsequentes e até mesmo informações de desconexão estavam presentes, mas parecem ter sido processadas incorretamente”³⁵² e até mesmo ignoradas.

Conforme se pode depreender do caso narrado linhas atrás, a ameaça potencial de um atentado terrorista em uma estação de metrô lotada teria gerado estresse e pressão para uma tomada de decisão rápida. Esses dois elementos potencializam o nível de atuação do viés

³⁵¹ DROR, Itiel; FRASER-MACKENSIE, Peter A. F. Cognitive biases in human perception, judgement and decision making: bridging theory and the real world, p. 53-67. In: ROSSMO, Kim (Ed.). *Criminal investigative failures*. Florida: Taylor & Francis Group CRC Press, 208, p. 59-60.

³⁵² DROR, Itiel; FRASER-MACKENSIE, Peter A. F. Cognitive biases in human perception, judgement and decision making: bridging theory and the real world, p. 53-67. In: ROSSMO, Kim (Ed.). *Criminal investigative failures*, p. 60, tradução livre. No texto original: “subsequent neutral information and even disconfirming information was present but appears to have been processed incorrectly”.

confirmatório³⁵³, trazendo certeza quando, na verdade, existem apenas elementos indiciários, primários.

Na esfera jurisdicional, o estabelecimento de metas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as quais “[...] buscam proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade”³⁵⁴, é um claro exemplo de medida que pode fomentar a atuação do viés confirmatório. Ora, se ao juiz é indicado manter uma média de produção mensal de número de sentenças, independentemente da natureza da ação proposta, do direito material envolvido, do contexto e da dificuldade do caso, é evidente que eventual pressão para atingir a meta pode prejudicar a cognição reflexiva, aumentando as chances de ocorrência de decisões enviesadas.

Além disso, diante da tendência das pessoas de buscarem dados, informações e argumentos que confirmem sua posição ou crença inicial, ainda que de forma inconsciente, também não é recomendado que o juiz da sentença anulada ou nula reaprecie a demanda judicial. Como infere Arturo Muñoz Aranguren, o viés confirmatório não ocorre apenas na colheita ou na interpretação de informações, mas, também, na sua recuperação³⁵⁵.

Dessa forma, “[...] não importa quanta confiança você tenha na honestidade do Juiz e que este atuará com consciência e considerará novamente [os fatos] para decidir como se sua mente fosse uma tábula rasa [...]”, considerando a potencialidade do viés confirmatório “[...] é um desiderato pretender que a convicção originária do julgador possa ser radicalmente modificada pela prática de uma nova prova [...]”³⁵⁶.

³⁵³ DROR, Itiel E.; BUSEMEYER, Jerome R.; BASOLA, Beth. Decision making under time pressure: an independent test of sequential sampling models. *Memory & Cognition*, v. 27, issue 4, p. 713-725, 1999. Disponível em:

<<https://link.springer.com/content/pdf/10.3758%2FBF03211564.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

³⁵⁴ Finalidade retirada de: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metassobre-as-metas>>. Acesso em: 25 set. 2018.

³⁵⁵ ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 2, p. 2-39, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1838370>. Acesso em: 24 jul. 2018, p. 8.

³⁵⁶ ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 2, p. 2-39, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1838370>. Acesso em: 24 jul. 2018, p. 15, tradução livre. No texto original: “[...] por mucha confianza que se tenga el

Na mesma linha, Eduardo José da Fonseca Costa salienta que essas ponderações revelam o “desacerto da prolação da sentença pelo mesmo juiz que já apreciara pedido de concessão de tutela sumária fundada em probabilidade ou verossimilhança da pretensão de direito material afirmada pelo autor (como tutela cautelar, tutela de urgência ou evidência satisfativa)”³⁵⁷.

Retomando a análise acerca da decisão relativa à celebração de acordo pelas partes, ponto relevante alude à audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. Esse dispositivo, caso ambas as partes não indiquem expressamente que não possuem interesse na tentativa de composição³⁵⁸, dispõe que o juiz deverá designar audiência de conciliação ou de mediação, se preenchidos os requisitos da petição inicial e se não for o caso de improcedência liminar do pedido, antes mesmo do oferecimento de contestação pelo réu.

Observa-se nesse comando legal uma clara tentativa do legislador brasileiro de incentivar (forçadamente) as partes a encerrarem o litígio mediante a autocomposição, em uma fase pré-processual, medida esta que encontrou justificativa no aumento exponencial do número de lides que abarrotam o aparelho judiciário, conforme explanado na introdução do presente trabalho. Deixando-se de lado críticas e opiniões acerca do procedimento inscrito no artigo 334 do Código de Processo Civil, pois

la honradez del Juzgador y en que éste actuará en conciencia y considerará lo nuevamente actuado para decidir como si su mente fuera una tabla rasa [...]. [...] es un desideratum pretender que la convicción originaria del Juzgador pueda verse radicalmente modificada por la práctica de una nueva prueba [...]”.

³⁵⁷ COSTA, José Eduardo. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 161.

³⁵⁸ Nos termos do inciso I do parágrafo 4º do artigo 334 do Código de Processo Civil: “a audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”. A despeito da redação cogente do dispositivo, José Miguel Garcia Medina discorda da realização da audiência mesmo contra a vontade de uma das partes, entre outros motivos, pelo fato de a mediação e a conciliação serem informadas pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Assim, a manifestação desinteressada de qualquer delas na realização do procedimento, frustraria, desde logo, o objetivo da audiência. (*Novo Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 589). Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Araken de Assis, pois “se a solução agradasse aos desavindos, não necessitariam de outro estímulo que o próprio interesse para procurá-la, recorrendo naturalmente a centros (câmaras privadas) de conciliação ou de mediação. A obrigatoriedade constitui péssimo sinal” (*Processo civil brasileiro*: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 94).

isso refugiria ao escopo deste estudo, parece notória a possibilidade de alavancar o campo de atuação do viés confirmatório quando realizada a referida audiência.

Caso o acordo não seja atingido pelas partes durante essa etapa, o fato de o juiz ter eventualmente participado da tentativa de conciliação ou figurado na mediação³⁵⁹ pode constituir a causa – ainda que inconsciente – da prolação de decisões enviesadas³⁶⁰. Ora, o fato de o magistrado simplesmente acompanhar ou participar ativamente da realização da audiência em comento, muitas vezes formulando propostas tendenciosas ou mais favoráveis a uma ou a outra parte, possibilita que ele estabeleça uma crença ou posição inicial sobre quem tem razão³⁶¹. *In casu*, perde-se a imparcialidade objetiva.

No entanto, conforme o procedimento inscrito no Código de Processo Civil de 2015, no bojo de todos os autos existe apenas a petição inicial, nem sequer a contestação³⁶² foi apresentada e longe está a instrução processual e a produção de provas. Além de o juiz correr o risco de ficar ancorado à petição inicial, o seu desempenho no desenrolar da marcha processual pode conduzi-lo, obliquamente, a

³⁵⁹ O artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil, entre os poderes-deveres do juiz, define a promoção, a qualquer tempo, da autocomposição, “[...] preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. Ou seja, não existe nenhum impedimento de o juiz participar da audiência de conciliação ou de figurar na mediação; tentar a autocomposição, ao revés, constitui um dos seus poderes-deveres.

³⁶⁰ Para Piero Calamandrei, “as premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes. Com isso, não se quer dizer que o dispositivo surja às cegas e que a fundamentação tenha o único objetivo de mostrar como fruto de rigoroso raciocínio o que, na realidade, é fruto do arbítrio; quer-se dizer apenas que, no ato de julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém, que sentença deriva de sentir”. (*Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 177).

³⁶¹ A despeito de o artigo 166 e seus parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil preverem a confidencialidade (sigilo) como um dos princípios informadores da mediação e da conciliação, o que, na prática, leva a não consignação no termo de audiência das discussões realizadas e das propostas eventualmente feitas pelas partes durante a solenidade, isso não impede que o juiz não se recorde dos fatos e, mais, que inconscientemente busque os argumentos confirmadores de sua posição inicial.

³⁶² Segundo o artigo 335 do Código de Processo Civil, “o réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição”.

confirmar o seu posicionamento primitivo, fixado ao longo da mencionada audiência de mediação ou de conciliação³⁶³.

Com vistas a solucionar esse problema, sugere-se a título de *lege ferenda* a submissão da causa, na realização da audiência de mediação e de conciliação com a participação ou a figura do órgão judiciário, a um juiz distinto, a quem caberá a prolação da sentença. Aliás, para Eduardo José da Fonseca Costa³⁶⁴, outros procedimentos e enunciados deveriam ser reavaliados, como a Súmula n. 252 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “inexiste impedimento do relator do feito originário para atuar como revisor da respectiva ação rescisória”, bem como a participação, no julgamento do agravo interno e dos embargos de divergência, do relator e dos juízes que proferiram a decisão agravada e o acórdão embargado, respectivamente.

No tocante à instrução probatória, o fato de ser permitido ao juiz produzir, de ofício, provas necessárias à resolução do processo e indeferir aquelas que reputar inúteis ou meramente protelatórias^{365_366}

³⁶³ Para Araken de Assis, “[...] a participação do órgão judiciário na tentativa de conciliação, ou como figurante na mediação, não constitui motivo de impedimento. Embora o juiz formule propostas que pareçam mais favoráveis a uma das partes, ou tendenciosas, e intervenha no debate livre dos litigantes, semelhante participação ativa não o inibe de julgar posteriormente a causa. O juiz permanece terceiro imparcial” (*Processo civil brasileiro*: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, v. I, p.101).

³⁶⁴ COSTA, José Eduardo. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia, p. 161.

³⁶⁵ Dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Além disso, como aparato colocado à disposição do órgão judiciário em relação ao seu poder de instrução, pode-se mencionar os artigos 139, inciso VIII, e 772, inciso I; os artigos 396 e 401; o artigo 438; o artigo 443, *caput*, segunda parte; os artigos 156 e 472; e o artigo 481, todos do Código de Processo Civil.

³⁶⁶ Salienta-se que a possibilidade de maior intervenção do juiz no desenrolar processual decorre do “fenômeno da publicização do processo civil”. Segundo Daniel Pentead de Castro, “essa intervenção estatal, materializada na atuação do magistrado de maneira mais ativa, despreza a visão liberal de conceber o processo como relação jurídica privada das partes. Vale dizer, o Estado-juiz deixa de ser mero aplicador das normas de direito material na entrega da tutela jurisdicional, para atender ao interesse público na distribuição da justiça de forma justa e efetiva” (*Poderes instrutórios do juiz no processo civil*: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67). Em contraponto, Eduardo Chemale Selistre Peña assenta que a “maior participação do juiz importa, consequentemente, aumento de trabalho e retardamento do feito, vindo de encontro a um dos maiores anseios da sociedade: a rápida solução dos conflitos pelo Judiciário. E, de outro lado, pouco ou nada contribui para a qualidade dos julgamentos [...]” (*Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132-133).

constitui uma disposição temerária sob o ponto de vista psicológico, “[...] pois há o risco latente de o juiz privilegiar a prova trazida por sua iniciativa em detrimento das provas produzidas pelas partes”³⁶⁷.

Além disso, consoante assevera Eduardo Chemale Selistre Peña, diante da possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, corre-se o sério risco de as partes deixarem de se esmerar na coleta da prova, pois “[...] criou-se o mau hábito para partes e advogados, que têm a convicção de que suas inércias e negligências quanto à prova não lhes trarão tanto prejuízo [...]”³⁶⁸. A propósito, nem sempre ser um advogado diligente se revelará a melhor estratégia, já que, segundo Adolfo Alvarado Velloso, “quando um advogado é reconhecido e capaz de advogar como Deus manda, o juiz tomará partido seguro para o jovem e inexperiente adversário, ignorante e desleixado”³⁶⁹.

Sem aprofundar a temática relativa aos poderes instrutórios do juiz, seria mais adequado, considerando o objetivo de evitar a prolação de decisões enviesadas, que ao órgão julgador não fosse atribuído um amplo aparato legal para a produção probatória de ofício³⁷⁰. A simples

³⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, t. I, p. 917. Posteriormente, embora admita a possibilidade de risco à imparcialidade, o autor faz a ressalva de que isso não tem razão de ser, pois, entre outros motivos, concordando com José Roberto dos Santos Bedaque, “não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo” e, ademais, “quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado” (*Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 80-82). No entanto, deve-se ressaltar que o fato de o juiz chegar a pedir a realização de uma prova é porque, em maior ou menor grau, já está propenso a buscar a confirmação das alegações de uma das partes. Ainda que imparcialidade e passividade não se confundam, esta se revela essencial à manutenção daquela, ou seja, quanto menos ativo for o órgão julgador em relação à instrução probatória, maior será a probabilidade de existir uma sentença imparcial.

³⁶⁸ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*, p. 118.

³⁶⁹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil y ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 230. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/366408847/Imparcialidad-Judicial-Sistema-Inquisitivo-Juzgamiento>>. Acesso em: 10 set. 2018, tradução livre. No texto original: “cuando un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda, el juez tomará partido seguro por el adversario joven e inexperto, ignorante y chapucero”.

³⁷⁰ É devida a menção sobre o sistema adversarial (*adversary system*), típico dos países de *common law*, “no qual o juiz não tem iniciativa probatória [...], fala e age pouco, sendo-lhe vedado afrontar o princípio da soberania do júri e substituir uma atividade exclusiva das partes, como o é a produção de provas, cabendo-lhe o mister de dirigir a audiência e garantir a lealmente processual durante o *trial* [...]”. CASTRO, Daniel Penteado de.

previsão em lei acerca dessa possibilidade, em diversos dispositivos, já é um incentivo a uma postura mais ativa do magistrado, hipótese esta que o coloca em “constante flerte com a parcialidade”³⁷¹.

Sob o prisma jurisdicional, percebe-se que o campo de atuação do viés confirmatório é amplo; ora percorrendo as deliberações e o modo de agir dos advogados e das partes, ora direcionando o desempenho do magistrado. O primeiro passo para mitigar as consequências do viés confirmatório e das demais heurísticas e vieses cognitivos é admitir sua existência e sua influência na *performance* dos operadores do direito e dos jurisdicionados.

Defendendo uma linha preventiva, relativa à identificação da atuação do viés confirmatório, Juarez Freitas discorre sobre a possibilidade de formar novos hábitos ou de substituir os antigos, com a finalidade de “[...] neutralizar, pelo menos nas situações de maior impacto, as decisões enviesadas”³⁷². Para o autor, “os erros sistemáticos do cérebro podem ser contrapostos a novos hábitos e a melhores rotinas, desde que o intérprete saiba que os vieses cumprem funções eventualmente úteis, mas também limitam e toldam a percepção”³⁷³.

Em relação ao viés confirmatório, como mencionado em momento anterior, é recomendável que os órgãos judiciários, os advogados, os promotores de justiça e até mesmo as próprias partes desconfiem de suas crenças iniciais. Esse é o hábito a ser criado, qual seja, desconfiar de posicionamentos primários e de pré-concepções, no intuito de que se reflita e se amplie a visão do cenário posto e das escolhas a serem tomadas. O verbo desconfiar, como aqui colocado, não pode ser visualizado como sinônimo de dúvida, mas como meio de admitir que a decisão pode ser tomada sob uma visão afunilada.

Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica, p. 203. Para John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, tanto na tradição da *common law* quanto na da *civil law*, “os juízes dispõem de algum poder inquisitivo”, porém, “quando o juiz da *common law* ocasionalmente se inclina a intervir [...], em geral apenas o faz quando no caso há interesses de menores ou de incapazes”. Aliás, “observadores estrangeiros ficam às vezes confusos com o fato de que, na maior parte dos países da *civil law*, as perguntas são formuladas pelo juiz e não pelos advogados das partes”. (*A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 159).

³⁷¹ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*, p. 133.

³⁷² FREITAS, Juarez. Hermenêutica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 290.

³⁷³ FREITAS, Juarez. Hermenêutica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013, p. 293.

Basta recordar os cavalos que andam à beira da estrada, cujos olhos estão parcialmente vendados por um acessório chamado antolhos. O objetivo desse equipamento é justamente forçar o cavalo a olhar apenas para a frente, evitando que o animal perceba o que se passa aos lados e eventualmente se assuste. O viés confirmatório interage dessa mesma forma com a mente humana, fazendo-a observar apenas aquelas informações que corroborem as concepções primárias, enquanto diversos e importantes dados vão passando despercebidos ou, quando notados, terminam ignorados. Tomar consciência da existência desse viés cognitivo, portanto, é o ponto de partida para a retirada dos antolhos e, por corolário, permitir que outros elementos cruzem a estrada da reflexão.

Além de criar o hábito de desconfiar de sua posição inicial, outra medida que pode mitigar o campo de atuação do viés confirmatório é saber diferenciar o *processo de construir um caso*, como fazem os advogados a partir da perspectiva de seus clientes, do *processo de avaliar um caso*. Este último *processo* deve ser duplamente realizado, isto é, tanto para a hipótese que se busca confirmar – seja por uma crença primária ou para a defesa de uma das partes – quanto em relação ao lado oposto³⁷⁴.

Em ligeira síntese, deve-se buscar fazer o papel do “Advogado do Diabo” e analisar o caso sob a perspectiva contrária. Andrew J. Wistrich e Jeffrey J. Rachlinski ressaltam que essa tarefa não é de fácil execução, de modo que se revela pertinente à eficácia da medida, por exemplo, pedir a um membro da equipe que atue como se fosse o advogado da parte oposta ou, para um exame ainda mais crítico, contratar um advogado externo, que não seja afiliado ou influenciado por nenhuma posição. Certamente, informações eventualmente negligenciadas ou ignoradas poderão ganhar um novo relevo, uma nova perspectiva e importância antes relegada.

4.2 A VISÃO INFLADA DE SI E A CONVICÇÃO ILUSÓRIA DE CERTEZA

Conforme mencionado no início do presente capítulo, optou-se por realizar a abordagem do viés egocêntrico em conjunto com a

³⁷⁴ WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J. How lawyers’ intuitions prolong litigation. *Cornell Law Faculty Publications*, v. 86, Paper n. 602, p. 101-166, 2013. Disponível em:

<<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2027&context=facpub>>. Acesso em: 23 set. 2018, p. 132.

heurística do excesso de confiança considerando que os efeitos desses atalhos cognitivos sobre o processo decisório do indivíduo são semelhantes e, além disso, em regra, não ocorrem de forma isolada. O objetivo desta seção, portanto, abrange a tarefa de determinar como o viés egocêntrico e a heurística do excesso de confiança podem influenciar a decisão acerca da litigância e da celebração de acordos, interligando-os aos demais atalhos cognitivos, sobretudo os vieses confirmatório e do otimismo.

Apenas para rememorar, pontuou-se no segundo capítulo que a heurística do excesso de confiança compreende a tendência de as pessoas, com a escusa da repetição, serem excessivamente confiantes em suas posições e escolhas. Ou seja, os indivíduos tendem a demonstrar e a sentir um alto grau de certeza, acenando que suas respostas para determinados questionamentos ou suas posições sobre assuntos e situações específicos são os únicos ou os mais corretos.

O viés egocêntrico, por sua vez, envolve a tendência de as pessoas acreditarem que estão acima da média em relação aos indivíduos que exercem atividade semelhante ou que contribuíram mais que o outro no desenvolvimento de um projeto conjunto. Significa dizer, em outras palavras: “eu sou melhor que você, eu produzo mais que você e, portanto, eu mereço mais reconhecimento e a minha posição é a que, provavelmente, prevalecerá”. Falsa ou exagerada percepção de si, esse é o contexto que resume o viés em comentário.

A título de exemplo, Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich citam a tendência de as pessoas acreditarem que possuem uma saúde melhor, que são mais habilidosas na direção de veículos automotores que outras e, como mencionado, que são mais contributivas no desempenho de atividades em grupo³⁷⁵. Sob essa perspectiva, não é à toa que esposa e marido, quando perguntados, estimam realizar a totalidade das tarefas domésticas, em regra superestimando a sua participação e depreciando as contribuições alheias³⁷⁶.

³⁷⁵ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, maio 2001, p. 811. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 19 maio 2018.

³⁷⁶ ROSS, Michael; SICOLY, Fiore. Egocentric biases in availability and attribution. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 3, p. 325-326, p. 1979. Disponível em: <[https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322_\(Ross\).pdf](https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322_(Ross).pdf)>. Acesso em: 23 set. 2018.

No campo de embates relativos à litigância e à celebração de acordos, a superestimação das próprias habilidades em face da atuação do viés egocêntrico pode aumentar a probabilidade de litígio e, em contrapartida, diminuir a possibilidade de uma composição amigável. Em relação ao desempenho dos advogados, não é incomum que superestimem suas destrezas em relação à capacidade da parte adversa, atribuindo maior qualidade às suas teses defensivas ou à sua performance em geral, o que inclui a visão acerca da probabilidade de êxito³⁷⁷.

A percepção inflada, no sentido de se enxergar superior à média, pode prejudicar os esforços voltados à celebração de um acordo. É que, justamente por acreditar que sua atuação é superior a do advogado da parte contrária, cria-se uma barreira ao exercício de reflexão sobre suas próprias limitações e habilidades. Por exemplo, se o advogado do potencial litigante acredita que sua performance é melhor em relação à atuação do advogado do eventual demandado, dificilmente aquele cederá às colocações deste³⁷⁸, o que aumenta a possibilidade de prolongamento das negociações e de desistência da realização do acordo.

O caminho para a mútua cooperação torna-se mais dificultoso quando ambas as partes superestimam suas habilidades e capacidades. Conforme apontam Leigh Thompson e George Loewenstein, essa percepção pode gerar “interpretações egocêntricas de justiça”³⁷⁹, pois haverá uma desproporção entre aquilo que as partes esperam receber ou pagar e suas respectivas contribuições para a existência do conflito. Ou seja, avaliações egocêntricas sobre a indenização do potencial litigante tendem a aumentar o valor mínimo para a celebração de um acordo e,

³⁷⁷ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, maio 2001, p. 812-813. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 19 maio 2018.

³⁷⁸ BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, 1999, p. 15-16. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018.

³⁷⁹ THOMPSON, Leigh; LOEWENSTEIN, George. Egocentric interpretations of fairness and interpersonal conflict. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 51, p. 178, 1992. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d17f/f57eb900519a23220242f5cd8bfff4307bc0.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018, tradução livre. No texto original: “egocentric interpretations of fairness”.

sob o ponto de vista do eventual demandado, a quantia máxima para pagamento tende a ser menor.

Como resultado, cria-se um impasse às negociações, pois se as partes “[...] não estiverem dispostas a aceitar menos, elas podem falhar em chegar a um acordo mutuamente benéfico”, ou seja, “[...] interpretações egocêntricas de justiça dificultam a resolução dos conflitos porque as pessoas relutam em concordar com o que percebem como um acordo injusto”³⁸⁰. Aliás, a forma egocêntrica de interpretar as informações encontra raízes no viés confirmatório, considerando-se a tendência das pessoas de selecionarem argumentos e fatos que favoreçam suas posições e de superestimarem o valor ou o peso destes elementos em detrimento dos dados sustentados por seus oponentes.

Não apenas os advogados e as partes estão à mercê da atuação do viés egocêntrico. Conforme pontua Theodore Eisenberg, os juízes tendem a se considerar “justos, eficientes e diligentes”³⁸¹, fator que pode dificultar a mitigação do campo de atuação do viés confirmatório. Se, eventualmente, o juiz se percebe como um profissional superior à média, é provável que tenha mais dificuldade de enxergar a atuação do viés confirmatório, que se refere à tendência de utilizar, procurar ou interpretar informações de forma que estas corroborem as suas preconcepções.

Além disso, não se pode olvidar que o magistrado pode permanecer ancorado a uma decisão liminar anterior ou a alguma manifestação apresentada por uma das partes. Não é incomum, inclusive em razão da pressão por resultados, pela necessidade de cumprir metas, pelo número de processos em gabinete e pela eventual carência de pessoal e de infraestrutura, que os magistrados revisitem decisões

³⁸⁰ THOMPSON, Leigh; LOEWENSTEIN, George. Egocentric interpretations of fairness and interpersonal conflict. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 51, p. 176-177, 1992. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/d17f/f57eb900519a23220242f5cd8bfff4307bc0.pdf>>.

Acesso em: 24 set. 2018, tradução livre. No texto original: “[...] if they are unwilling to settle for less”. “[...] egocentric interpretations of fairness hinder conflict resolution because people are reluctant to agree to what they perceive to be an inequitable settlement”.

³⁸¹ EISENBERG, Theodore. Differing perceptions of attorney fees in bankruptcy cases. *Washington University Law Review*, v. 72, issue 3, jan. 1994, p. 985. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/ab4f/2969392658effcc30fb83d26b830ff04a85f3.pdf>>.

Acesso em: 11 out. 2018, tradução livre. No texto original: “Judges perceive themselves as fair, as well as efficient and diligent.”.

proferidas ao longo do processo antes de prolatarem a sentença terminativa.³⁸²

Quer-se dizer, portanto, que esse *estado de coisas* do Poder Judiciário brasileiro, no qual se encontra o juiz, contribui para a atuação dos vieses cognitivos, sobretudo da heurística da ancoragem e do viés confirmatório. E quando estes elementos subjetivos se somam ao viés egocêntrico, mais dificultosa se torna a missão de conscientizar os operadores e os profissionais do direito acerca da existência desses atalhos cognitivos, pois, embora vulneráveis a eles, a crença de que se está acima da média pode levar a uma percepção de imunidade ou de resistência psicológica.

A heurística do excesso de confiança, nesse contexto, pode agravar a situação de *cegueira* quanto à atuação dos vieses cognitivos e das heurísticas. As pessoas possuem a tendência de ser altamente confiantes em suas ponderações, respostas ou julgamentos, o que significa, olhando o outro lado da moeda, que há certa dificuldade em admitir dúvida, eventual ambiguidade ou incerteza quanto à questão apresentada.

Além disso, conforme mencionado no segundo capítulo deste trabalho, o nível de excesso de confiança tende a ser maior quanto mais bem informada estiver a pessoa. Ainda que isso signifique diminuição da probabilidade de ocorrência de erro, seja na decisão tomada, seja na resposta indicada à determinada questão, a dificuldade de a pessoa admitir que pode estar equivocada aumenta proporcionalmente em relação à quantidade de informações que possui.

No contexto relativo à litigância, embora seja comum as partes contratarem advogados ou profissionais especialistas para atuar em seu favor, com grande e específico conhecimento a respeito da matéria em

³⁸² Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron asseveram que “o problema da hiperjudicialização, sem infraestrutura capaz de diluir o volume de trabalho, afeta diretamente a instância cognitiva do julgador, que se vê incumbido do dever de julgar e dar fluência a uma infinidade de processos, que se multiplicam a cada dia” (*Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 97). Em idêntico sentido, Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Moraes da Rosa afirmam que “fatores externos e correlator somam-se ao viés egocêntrico como, por exemplo, a pressão da mídia e da sociedade, foco na produtividade (com vistas à promoção), influência das relações interpessoais e posicionamentos ideológicos, formando um terreno fértil para o enraizamento de posturas punitivistas, desrespeito a princípios e garantias processuais do acusado, exposição nos grandes meios de comunicação e afinamento com o senso comum” (*Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, p. 54-55).

conflito, o aumento do excesso de confiança que advém da profundidade desse discernimento pode ser prejudicial às negociações. À medida que uma ou ambas as partes acreditam ter certeza de que a posição adotada é a mais ou a única correta, torna-se mais dificultosa a obtenção de concessões e prolonga-se o tempo necessário à obtenção do acordo.

A respeito, Anthony G. Greenwald pondera que “o envolvimento do ego aumenta o conservadorismo cognitivo – na forma de resistência à mudança de julgamentos anteriores [...]”. Ou seja, “a tendência de resistir à persuasão é especialmente forte quando o assunto é importante para a pessoa e existe algum comprometimento com a (envolvimento do ego) posição anterior”³⁸³. Para facilitar o caminho da celebração do acordo, ainda que as partes possuam amplo e específico conhecimento sobre o assunto envolvido no conflito, devem tomar cuidado com a confiança excessiva em suas ponderações, a ponto de eventualmente prejudicar a realização da composição.

4.3 O OTIMISMO NO CONTEXTO DAS NEGOCIAÇÕES E DA ESCOLHA RELATIVA À PROPOSITURA DE AÇÕES JUDICIAIS

Conforme abordado no segundo capítulo deste estudo, a determinação do viés otimista leva em conta o nível de expectativa criado pelo indivíduo sobre determinado resultado. Ou seja, se a pessoa aguarda, espera ou confia na ocorrência de um resultado positivo sobre uma situação específica, superestimando-o, estar-se-á diante do viés otimista. Esse dimensionamento se verifica desde as esferas mais íntimas do indivíduo, como acreditar que a realização de um tratamento curará a doença que o aflige, como nos âmbitos profissional, político, econômico e jurisdicional.

Em todo momento em que as pessoas realizam algum tipo de previsão ou buscam antecipar o resultado de algum acontecimento ou, ainda, as decorrências de determinada decisão, elas estarão expostas à atuação do viés otimista. Como mencionado, se as expectativas se revelarem melhores do que a realidade, o viés atuante será otimista; se,

³⁸³ GREENWALD, Anthony. The totalitarian ego: fabrication an revision of personal history. *American Psychologist*, v. 35, n. 7, jul. 1980, p. 611. Disponível em: <<http://www3.psych.purdue.edu/~willia55/392F/Greenwald.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018, tradução livre. No texto original: “evidence for ego-involvement’s enhancement of cognitive conservatism – in the form of resistance to change of prior judgments [...]”. “The tendency to resist persuasion is especially strong when the topic is important to the person and there is some commitment to (ego-involvement in) the prior position”.

ao revés, as expectativas forem piores do que o resultado, o viés atuante será pessimista³⁸⁴. No entanto, a força de atuação do viés otimista depende do nível da expectativa gerada em relação à realidade ou ao resultado esperado.

Por exemplo, pode-se dizer que a pessoa acreditar que será curada de uma doença quando os médicos já apontaram que a probabilidade de sucesso na realização do tratamento é mínima demonstra um alto nível de atuação do viés otimista, pois há poucas chances de advir o resultado positivo esperado. Não se está a inferir, aqui, que as pessoas não devem acreditar na ocorrência do resultado almejado mesmo quando as chances de sua efetivação sejam pequenas.

Conforme já descrito neste trabalho e revelado por diversos estudiosos, ser otimista possui inúmeros pontos positivos em diversos aspectos da vida do indivíduo. Nesse sentir, Martin E. P. Seligman aponta que o otimismo traz múltiplos benefícios, como proteção contra a depressão, aumento do nível de conquistas do indivíduo, melhorias em seu bem-estar físico e mental³⁸⁵. Segundo Daniel Kahneman, a resiliência diante dos reveses da vida seria o principal benefício de ser otimista³⁸⁶.

Não há dúvidas, portanto, de que o otimismo é benéfico para diversas esferas da vida do indivíduo. Todavia, a depender do nível de expectativa gerada sobre a situação relacionada, a presença do otimismo pode ser prejudicial. O primeiro ponto para aferir essa relação é determinar o grau de assertividade da expectativa, ou seja, se ela possui baixo, médio ou alto nível de correspondência com a realidade ou o resultado almejado. Isso dependerá, em essência, das informações que a pessoa tiver em mãos e de quanto esses dados se aproximam da realidade e se, de fato, serão utilizados para essa mensuração.

Ainda, com apoio do exemplo da doença, se o indivíduo, mesmo diante da informação de que há apenas 90% de chance de sobreviver com a realização do tratamento, permanecer acreditando sem nenhuma faísca de incerteza ou de dúvida no resultado esperado, isto é, na cura, pode-se dizer que ele possui um alto nível de otimismo, uma vez que as expectativas geradas foram bastante discrepantes quanto à realidade

³⁸⁴ SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, v. 21, Issue 23, p. R941-R945, dec. 2011. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>>. Acesso em: 20 maio 2018, p. R941.

³⁸⁵ SELIGMAN, Martin E. P. *Learned optimism: how to change your mind and your life*, p. 16.

³⁸⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, p. 329.

apresentada (novamente, vale ressaltar, não se está a defender que isso não é benéfico às pessoas).

O campo de atuação do viés otimista está intimamente ligado às expectativas geradas sobre a realidade ou o resultado esperado. Quanto mais distantes da realidade estiverem as expectativas do indivíduo, maior será o campo de atuação do viés otimista. Note-se que as informações que a pessoa obtiver servirão ao dimensionamento da realidade ou do resultado esperado, mas, como no exemplo apresentado, nem sempre as expectativas serão formadas de acordo esses dados, ou a eles corresponderão, até porque, se inexistir diferença entre a realidade e a expectativa, não haverá atuação do viés otimista.

As informações, embora possam moldar as expectativas, estão mais atreladas à determinação da realidade ou do resultado esperado. No que diz respeito à esfera jurisdicional, constata-se que o viés otimista pode atuar em duas principais frentes ou variáveis, especificamente sobre: (i) a determinação da probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta; e (ii) as custas e despesas processuais.

Em um primeiro momento, portanto, abordar-se-á a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais como fator de potencialização do viés otimista e, por consequência, da litigância. Nesse ponto, discorrer-se-á sobre como o sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 pode mitigar o campo de atuação do referido atalho cognitivo. Depois, tratar-se-á das custas e das despesas processuais, especificamente sobre como os baixos valores estabelecidos (ou mesmo a ausência deles) podem aumentar o campo de atuação do viés otimista, também sob o enfoque das regras inglesa e americana de alocação de custas.

4.3.1 A imprevisibilidade das decisões judiciais como fator de potencialização do viés otimista

No primeiro capítulo do presente estudo, observou-se que a decisão relativa à litigância depende, sob o enfoque do modelo da escolha racional, de três variáveis: (i) as custas e as despesas processuais; (ii) o valor referente ao benefício esperado ou, sob o olhar do eventual demandado, a quantia a ser paga ao potencial litigante; e (iii) a determinação da probabilidade de êxito em caso de propositura da ação judicial.

Basicamente, afastadas as intercorrências cognitivas e subjetivas do indivíduo, a decisão do potencial litigante de ajuizamento da demanda abrangeria as três variáveis antes mencionadas e a escolha que

levaria à propositura da ação judicial ocorreria quando os custos e as despesas relativos ao processo fossem menores que os benefícios esperados com o julgamento, os quais envolvem valores decorrentes de eventual negociação e ganhos resultantes da procedência dos pedidos contidos na ação judicial³⁸⁷.

A título de exemplo, ainda sob a perspectiva da teoria do modelo da escolha racional, pode-se supor um caso em que o potencial litigante, vítima de acidente de trânsito, estima que tem direito à indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), referente ao conserto do seu veículo, e que as custas e as despesas relativas à propositura da ação judicial, aí incluídos os honorários contratuais, importam em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). O ganho esperado com o ajuizamento dessa ação, portanto, é de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), partindo-se do pressuposto de que o potencial litigante estima sua probabilidade de êxito em 90%.

O eventual demandado, por sua vez, acreditando que a culpa do acidente não foi sua, estima a probabilidade de êxito da demanda a ser ajuizada pelo potencial litigante em 50%. Considerando que as despesas com advogado importam em R\$ 1.000,00 (mil reais) e que não há dúvidas quanto ao dano de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o prejuízo esperado pelo potencial litigante totaliza a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Nesse caso, diante da possibilidade de acordo, o valor máximo que o eventual demandado aceitará pagar é de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e, ao revés, a quantia mínima que o potencial litigante aceitará receber é de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

À vista da teoria do modelo da escolha racional e da premissa da maximização da utilidade de sua escolha, no exemplo apresentado, o potencial litigante acabaria propondo a ação judicial, pois a oferta máxima para acordo do eventual demandado seria menor que a oferta mínima do potencial litigante. Observe-se que a diferença entre o valor esperado de recebimento/pagamento entre as partes foi causada, em grande medida, pela assimetria de informação quanto à probabilidade de êxito da demanda – enquanto o potencial litigante acreditava que tinha 90% de chance de obter um julgamento favorável, o eventual demandado estimou essa mesma hipótese em 50%.

Daí a importância de existir um sistema de precedentes estável e obrigatório, para que as partes possam estimar, com a maior exatidão possível, a probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta. Afastando-se, agora, a teoria do modelo da escolha racional e

³⁸⁷ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 390.

introduzindo o viés otimista na decisão das partes, observa-se que uma das frentes de atuação desse atalho cognitivo se inclina justamente sobre a variável da determinação da probabilidade de êxito em caso de ajuizamento da demanda.

De forma objetiva, a imprevisibilidade das decisões judiciais fomenta a atuação do viés otimista, diminuindo a possibilidade de realização de um acordo entre as partes. É que a ausência ou a insuficiência de previsibilidade quanto ao resultado da ação judicial a ser proposta, além de gerar uma assimetria de informações entre o potencial litigante e o eventual demandado quanto ao direito envolvido, retira do processo decisório das partes uma das três variáveis objetivas antes mencionadas, ou seja, apenas dois elementos passam a ser sopesados: as custas e as despesas processuais e o valor do dano sofrido.

Na perspectiva comportamental, contudo, as expectativas sobre o resultado da demanda a ser ajuizada continuam existindo e influenciando as partes na tomada de decisão quanto à litigância. Diante da impossibilidade de determinar a probabilidade de êxito da ação judicial, o viés otimista tende a fazer com que as partes superestimem suas chances de sucesso. Ora, se o potencial litigante consegue encontrar em meio ao mar de jurisprudências dos tribunais brasileiros algum acórdão que ampare o seu direito, a despeito de existirem posicionamentos contrários, a tendência é que ele utilize tal decisão para confirmar a sua crença inicial, ou seja, de que tinha razão sobre o direito envolvido e sobre as alegações da parte contrária.

Observa-se, nesse ponto, um entrelaçamento entre os vieses confirmatório e otimista, pois, diante da multiplicidade de decisões, torna-se fácil encontrar algum acórdão ou deliberação que corrobore a posição primária do potencial litigante e do eventual demandado. Ou seja, as partes passam a acreditar, muitas vezes ignorando dados ou decisões contrárias ao direito perquirido, que são grandes as suas chances de obter um resultado favorável com a propositura da ação judicial. A insegurança jurídica, além de diminuir a possibilidade de realizar com precisão a mensuração do resultado esperado, aumenta as expectativas das partes quanto ao provimento jurisdicional.

Sob o ponto de vista do potencial litigante, justamente por estar incerto e inseguro acerca da efetiva resolução jurisdicional que lhe será apresentada, este tende a acreditar que a sua probabilidade de êxito é superior a que realmente é³⁸⁸ e também superior a do seu eventual

³⁸⁸ Considerada uma probabilidade real como aquela estabelecida por terceiros independentes com base na análise dos fatos, da lei e da jurisprudência pertinentes. Não

oponente em uma ação judicial, até porque, como mencionado, não será difícil encontrar uma decisão ou acórdão que confirme essa crença inicial. Isso tende a fazer com que o potencial litigante prefira arriscar e ajuizar a demanda em detrimento, muitas vezes, da celebração de um acordo. Para melhor visualização, no Quadro 4, estabelece-se o seguinte fluxo:

Quadro 4 - Potencialização do viés otimista em face da imprevisibilidade das decisões judiciais



Fonte: Elaborado pela autora (2018)

Se o litígio é o resultado da incapacidade das partes de realizarem um acordo, a qual pode decorrer de incertezas quanto aos fatos – por exemplo, em relação ao valor do dano causado – ou quanto ao direito – que reflete na estimativa do resultado da demanda a ser proposta, a impossibilidade de mensurar as chances de sucesso da ação judicial aumenta o fosso informacional entre elas existente. Ou seja, a imprevisibilidade das decisões judiciais dificulta a celebração do acordo entre as partes porque estas tendem a não concordar com o retorno esperado do julgamento.

O viés otimista fomenta ou potencializa essa consequência na medida em que leva as partes “[...] ao exagero da avaliação da probabilidade subjetiva de ganhar, um superdesconto das propostas de acordo oferecidas pela parte contrária e a decorrente dificuldade de conciliação”³⁸⁹. Além de as partes, eventualmente, não demonstrarem

se trata, obviamente, de prever o futuro com base na “sorte”, mas sim mensurar os fatores supra com o propósito de diagnosticar as chances de vitória de maneira tão exata quanto possível. Tais análises são feitas cotidianamente por empresas que são obrigadas por regras contábeis a classificar as probabilidades de êxito/derrota de seu contencioso (e até mesmo de questões controversas ainda não judicializadas) e começaram recentemente a ser feitas também por empresas especializadas em financiamento de contencioso/arbitragem.

³⁸⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. Tese. (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012, p. 35.

interesse em “[...] compartilhar certos argumentos legais entre si, acreditando que, se um julgamento acontecer, elas perderiam a vantagem da surpresa”, cada parte, *per se*, “pode acreditar que é mais provável ganhar do que a outra”³⁹⁰.

Como consequência, a percepção superestimada da probabilidade de sair vencedor em caso de ajuizamento da ação tende a provocar a modificação das propostas do potencial litigante e do eventual demandado para a realização do acordo. Ou seja, a quantia máxima que o eventual demandado estaria disposto a pagar e a quantia mínima que o potencial litigante estaria disposto a aceitar, evitando a propositura da ação judicial, modificam-se para uma perspectiva de incentivo à litigância³⁹¹.

Por exemplo, supondo-se um simples caso em que o eventual demandado causou ao potencial litigante um dano no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valendo salientar que ambas as partes não discordam quanto ao fato nem quanto ao valor. Para o potencial litigante, as custas iniciais e as despesas com advogado totalizarão a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), enquanto o eventual demandado calcula que gastará, na hipótese de a ação judicial ser proposta, o montante de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Em um primeiro cenário, no qual não se verifica a presença do viés otimista, o potencial litigante estima que sua probabilidade de vencer é de 70%, enquanto o eventual demandado calcula que a possibilidade de a ação ser julgada favorável ao autor é de 50%. Nesse caso, observa-se que a oferta mínima que o potencial litigante estaria disposto a aceitar é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – $[(10.000 \times 70\%) - 2.000]$ – e a oferta máxima que o eventual demandado aceitaria pagar é de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) – $[(10.000 \times 50\%) + 2.500]$. Portanto, é possível que ocorra a celebração de acordo entre as partes, na medida em que a oferta máxima do eventual demandado é maior que a oferta mínima do potencial litigante.

³⁹⁰ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 405, tradução livre. No texto original: “[...] the parties might not want to share certain legal arguments with each other, believing that if a trial comes about, they would lose the advantage of surprise; [...] each party might believe it is more likely to win than the other”.

³⁹¹ KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 288, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018.

Inserindo o viés otimista no processo decisório do eventual demandado, imagine-se que ele superestime suas chances de sucesso em 80%, ou seja, a possibilidade de o potencial litigante obter um julgamento favorável seria de 20%. Nesse caso, verifica-se que a oferta máxima a ser apresentada ao potencial litigante para fins de realização do acordo cai de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) para R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), mantidas as despesas em R\$ 2.500,00 (dois e quinhentos reais), ou seja $[(10.000 \times 20\%) + 2.500]$. Nessa hipótese, observa-se que a oferta máxima do eventual demandado ficou aquém da oferta mínima do potencial litigante (R\$ 5.000,00), derruindo a possibilidade de realização de um acordo entre as partes.

De igual forma, na presença do viés otimista, o potencial litigante tende a aumentar sua oferta máxima para celebrar um acordo com o eventual demandado. Seguindo o exemplo antes descrito, suponha-se que o potencial litigante superestime sua probabilidade de êxito em 90%, o que resultará, mantidas as demais variáveis, em uma oferta máxima de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) $[(10.000 \times 90\%) - 2.000]$. Antes, quando as estimativas de sucesso remontavam a 70%, a oferta máxima era de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Evidencia-se, por conseguinte, que o viés otimista, quando presente na determinação da probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta, tende a provocar um distanciamento da possibilidade de acordo entre as partes, na medida em que diminui a oferta mínima a ser oferecida pelo eventual demandado e aumenta a oferta máxima a ser aceita pelo potencial litigante. Recordando a conceituação de risco, no sentido de ser uma incerteza estatisticamente mensurável, pode-se dizer que o viés otimista provoca uma falsa noção quanto à medida da realidade, percepção esta causada pelas expectativas exageradas em relação ao resultado analisado.

Além disso, embora não tenha sido objeto específico deste estudo, vale destacar que “o relacionamento de agência entre advogado e cliente fornece aos advogados um incentivo pessoal para exagerar seu verdadeiro nível de confiança nos méritos do caso de seu cliente”³⁹². De forma breve, registra-se que o problema de agência ou jogo do principal

³⁹² KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 290, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018, tradução livre. No texto original: “the agency relationship between lawyer and cliente provides lawyers with a personal incentive to overstate their true level of confidence in the merits of their client’s case”.

e do agente refere-se à relação na qual “o principal decide se deve pôr um bem valioso sob o controle do agente e o agente decide se deve cooperar ou se apropriar. Em disputas jurídicas, os autores de ações colocam suas reivindicações sob o controle de advogados”, os quais podem “[...] servir seu cliente ou explorá-lo”³⁹³.

Sob essa perspectiva, os advogados podem superestimar a probabilidade de êxito da demanda a ser proposta pelo potencial litigante com o objetivo de obter um benefício pessoal maior, especialmente no que toca aos honorários advocatícios. Essa situação pode ser comparada àquela mencionada por Daniel Kahneman em relação aos chefes de operações financeiras (CFOs), os quais apresentavam superconfiança quanto aos índices mercadológicos e às próprias empresas, na medida em que “falar a realidade” sobre as perspectivas de mercado seria “[...] algo socialmente inaceitável para alguém que é pago para mostrar conhecimento em assuntos financeiros [...]; pessoas e empresas antes recompensam gente que fornece informação perigosamente enganosa do que gente que fala a verdade”³⁹⁴.

De outra banda, deixando de lado o problema de agência, conforme destacado por Russel Korobkin, os advogados podem ser capazes de mitigar ou de até mesmo eliminar o viés otimista de seus clientes, já que figuram como “[...] *repeat performers* na tarefa de avaliar a força do caso e a maioria experimentou as consequências negativas de previsões excessivamente positivas (i.e., sofreu derrotas no tribunal) [...]”. Além disso, as partes tendem a confiar e a acreditar na experiência e no conhecimento dos advogados que contratam³⁹⁵.

Embora os advogados sejam capazes de mitigar o campo de atuação do viés otimista, “[...] amortecendo o entusiasmo inicial de seus clientes por litígios com uma dose saudável de realidade”, nem todos desempenham este papel de forma consistente, especialmente porque, como visto no capítulo anterior, eles estão vulneráveis ao viés confirmatório, ou seja, à tendência de focar e de utilizar as informações

³⁹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 419.

³⁹⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar, p. 327-328.

³⁹⁵ KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 291-292, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018, tradução livre. No texto original: “Lawyers are repeat performers at the task of evaluating case strength, and most have experienced the negative consequences of overly positive predictions (i.e. suffered courtroom defeats).”.

ou as provas que corroborem apenas os argumentos de seus clientes³⁹⁶. O primeiro passo, portanto, para que o advogado consiga mitigar a atuação do viés otimista é tentar atenuar os efeitos do viés confirmatório, consoante abordado na seção 4.1 deste estudo.

Retomando a problemática referente à imprevisibilidade das decisões judiciais, a qual fomenta ou potencializa o campo de atuação do viés otimista, importa destacar que um possível fator de mitigação ou de atenuação desse atalho cognitivo é o sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, sobre o qual vale tecer algumas considerações.

A despeito de o sistema jurídico brasileiro ter origem na tradição romano-germânica, de modo que os juízes deveriam ser vinculados a regras escritas, leis e códigos, é uma realidade da dinâmica processual que o Judiciário, não raro, cria normas jurídicas em detrimento do que prevê a legislação, ora restringindo-a, ora conferindo-lhe maior aplicabilidade, formando o que se denomina de precedente e de jurisprudência^{397_398}.

³⁹⁶ KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 292, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018, tradução livre. No texto original: “There is no little doubt that many lawyers successfully serve the function of mitigating optimistic overconfidence, dampening their clients initial zest for litigation with a healthy dose of reality.”.

³⁹⁷ Historicamente, enquanto no sistema do *common law* as decisões são dotadas de autoridade vinculativa (*binding authority*), na tradição *civil law* seriam elas revestidas de caráter persuasivo (*persuasive authority*), enaltecendo um valor meramente moral. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 12. No entanto, a gradativa aproximação das referidas tradições proporcionou, no caso do sistema brasileiro, a modificação na importância e na força representativa dos precedentes jurisdicionais, a começar com a instituição das chamadas súmulas vinculantes. Com a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, acresceu-se à Carta Maior o artigo 103-A, com o objetivo de fixar o entendimento quanto à validade, à interpretação e à eficácia “[...] de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica [...]” (§ 1º do artigo 103-A da Constituição Federal).

³⁹⁸ Em relação ao termo jurisprudência, é premente o esclarecimento de que ele não se confunde com precedente. Inobstante, na prática jurídica, ambos os termos sejam utilizados como sinônimos, suas respectivas naturezas não se confundem. É que, consoante delinea Lucas Buriel Macêdo, a teoria dos precedentes trata da “[...] importância de uma única decisão para a produção do Direito, respeitados determinados requisitos [...]”, a reconhecer “[...] o importante papel do Judiciário para criação de normas [...]”. Na tangente oposta, a força normativa da jurisprudência decorre da autoridade que representa um grupo de precedentes, isto é, sua natureza exsurge a partir

A partir do surgimento das súmulas vinculantes, a atividade do magistrado não mais se restringiria à adoção de um sistema puramente dedutivo, no qual se partiria de um pensamento abstrato, retirado da norma legal, para a solução de um caso concreto³⁹⁹. Do ponto de vista teórico, justamente pelo fato de as súmulas vinculantes surgirem a partir de casos concretos é que se observa a aproximação destas com o “[...] *stare decisis* (*stare decisis et non quieta movere*), instituto típico da *common law*, [...] no qual o precedente possui força normativa interna, a impor a observância pelo próprio tribunal, e externa [...]”, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração⁴⁰⁰.

Espelhando idêntico contexto de quando surgiram as súmulas vinculantes, isto é, de ausência de segurança jurídica, de múltiplas interpretações da lei, de embates entre a independência funcional dos juízes e as decisões dos tribunais superiores, de morosidade na solução das demandas propostas e, enfim, de sobreutilização do Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu bojo o que a doutrina passou a chamar de “sistema de precedentes”⁴⁰¹.

da repetição de julgados. Pressupõe-se, portanto, nos termos inferidos pelo aludido autor, “[...] a inexistência de relevância da decisão em sua unidade”. Deve-se perceber, por mais desconcertante que seja, dada a distintiva importância refratada ao termo precedente, que a forma de produção deste “[...] é mais simples do que a jurisprudência [...]”, na medida em que aquele pode nascer de uma única decisão para valer como fonte do direito (*Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 109).

³⁹⁹ Conquanto a finalidade das súmulas vinculantes tenha sido instituída no parágrafo 1º do artigo 103-A da Constituição Federal, é bem verdade que a sua concretização está longe de acontecer, pois, como ressalta Luiz Guilherme Marinoni, apesar de a aproximação entre as tradições do *common law* e do *civil law* ser evidente, apenas aquela devota respeito aos precedentes. Não se abandonou, ainda, no sistema do *civil law*, a suposição de que a lei é suficiente para garantir a segurança jurídica (*A ética dos precedentes*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98).

⁴⁰⁰ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 740.

⁴⁰¹ Em ampla perspectiva, precedente “[...] é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Andrade. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 441). Ou seja, nos termos abarcados por Hermes Zaneti Jr., os precedentes judiciais “[...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”. Exatamente “no momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente” (*O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 325). Do ponto de vista pragmático, a argumentação pautada em precedentes resume-se à seguinte constatação: o tratamento judicial despendido aos fatos *X*, que gera a forma *Y*, constitui uma razão para que os acontecimentos fáticos similares a

Em que pese a dificuldade de se entender a natureza e a efetiva aplicabilidade do sistema de precedentes no contexto do Judiciário brasileiro, o artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Almejando justamente enfrentar a fragmentação, a instabilidade e a imprevisibilidade das decisões judiciais, que assoma ao Judiciário brasileiro e àqueles que dele dependem ou necessitam de seus serviços, o dispositivo subsequente do Código de Processo Civil (artigo 927)⁴⁰² anseia esclarecer quais decisões, súmulas e orientações juízes e tribunais deverão obedecer e, por corolário, aplicar aos casos concretos que lhes são apresentados.

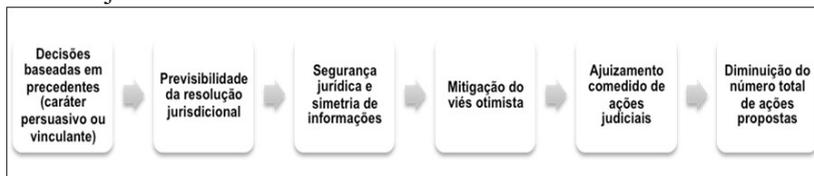
Sem adentrar as especificidades de cada inciso e parágrafo dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, pois isso extrapolaria o objetivo do presente trabalho, é premente manter como pressuposto a finalidade precípua e majoritária dos aludidos dispositivos: a declaração de uma verticalidade decisória e o respeito a uma hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, a partir da vinculação das decisões proferidas nas instâncias ordinárias aos precedentes consolidados no âmbito dos tribunais superiores.

Dessa forma, caso seja devidamente aplicado e cumprido pelos tribunais e órgãos judiciários, o sistema de precedentes adicionará ao processo decisório das partes a previsibilidade, informações precisas e substanciais acerca das questões de direito que fundamentam suas potenciais ações judiciais. Em outros termos, com a efetiva implementação do sistema de precedentes é consequência lógica que a atual e considerável imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais seja mitigada e, por corolário, o próprio campo de atuação do viés otimista tenderá a diminuir. Sob o ponto de vista ideal, no Quadro 5, consigna-se o seguinte fluxo, apresentado a seguir.

X também sejam tratados da forma Y. MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, p. 88.

⁴⁰² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Quadro 5 - Mitigação do viés otimista em face da previsibilidade das decisões judiciais



Fonte: Elaborado pela autora (2018)

Ainda assim, não é demais ressaltar que, mesmo diante de certa previsibilidade quanto ao provimento jurisdicional, o potencial litigante poderá continuar a superestimar suas chances de sucesso em relação à propositura da ação judicial. Além disso, outras questões podem prevalecer e levar ao ajuizamento da demanda, por exemplo, aspectos de cunhos emocional (heurística do afeto) e financeiro, ou simplesmente para protelar eventual responsabilidade.

Acerca da primeira hipótese, na qual o viés otimista continua produzindo efeitos mesmo quando é possível prever o resultado da ação judicial, Richard Birke e Craig R. Fox citam o exemplo de um advogado que, ciente de que apenas 20% dos recursos interpostos contra decisões de uma determinada área serão providos, insiste em acreditar que as suas chances de reverter a referida deliberação são maiores, “[...] pelo menos uma em cada quatro, talvez uma em cada duas [...]”. Essa perspectiva irrealista, conforme mencionado pelos autores, pode fechar a janela de um acordo mais benéfico às partes⁴⁰³.

A questão é que, ainda que existam informações indicando a probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta ou do recurso a ser interposto, a emersão da previsibilidade jurídica e a consequente redução do campo de atuação do viés otimista e da propensão ao risco,

⁴⁰³ BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em: <<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018, p. 18-19, tradução livre. No texto original: “For example, an attorney may know that only twenty percent of appealed decisions in a particular practice area are overturned but nevertheless maintain that her odds of overturning an adverse ruling are higher – at least one in four, perhaps one in two. This perspective could eliminate the possibility of settlement in a case in which both sides agree on the *value* of plaintiff’s verdict and differ only in their assessment of the *probability* of a defense verdict. If the plaintiff feels that there is a forty percent chance that the verdict will be overturned and the defendant espouses the true base rate of twenty percent, the parties may not achieve a settlement that could have left them both better off than litigating through verdict.”.

por si sós, podem não ser suficientes para fazer com que as partes optem pelo não ajuizamento da demanda. Aliás, a título de exemplo, as técnicas do *distinguishing*⁴⁰⁴ e do *overruling*⁴⁰⁵ são fatores de interferência na escolha da parte em propor, ou não, a ação judicial, em especial na hipótese de existir precedente cujo teor seja contrário ao perseguido pelo potencial litigante.

É que a mera possibilidade de ocorrência das referidas técnicas de superação pode retratar o motivo ou a razão de a parte acreditar que o seu caso será julgado de forma diferente do paradigma constituído pelo precedente. De qualquer forma, não obstante as partes poderem encontrar diversas razões⁴⁰⁶ que influenciem a escolha de ajuizamento da demanda, é certo que a aplicação do sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 é um passo rumo à tomada de decisões de um modo menos intuitivo e mais deliberativo,

⁴⁰⁴ Fala-se em *distinguishing* quando a “[...] questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem *particularidades fático-jurídicas não presentes* – e por isso *não consideradas* – no precedente, então é caso de *distinguir* o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. [...] Para que exista fidelidade ao precedente as *distinções têm de ser consistentes*, isto é, têm de ser realizadas a partir de uma *real diferenciação* subjacente entre as questões examinadas pelo órgão jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 2, p. 659.

⁴⁰⁵ “A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao *desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, p. 660.

⁴⁰⁶ Na pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio do Grande do Sul, por meio de equipe multidisciplinar coordenada por Luciano Benetti Timm e Hermílio Santos Filho, com o objetivo de delimitar as causas da morosidade das ações cíveis no Poder Judiciário brasileiro, foram realizadas 112 entrevistas em três estados brasileiros (Rio Grande do Sul, São Paulo e Pará), a partir das quais, por meio da utilização instrumental da análise econômica e de um *software* capaz de estabelecer os padrões subjetivos dos grupos, chegou-se à conclusão de que as principais motivações que levam ao litígio são: (i) “ausência ou baixo nível dos custos, incluindo aqui também o baixo risco”; (ii) “a busca de um ganho”; (iii) “busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades”; (iv) “a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente” (por princípio ou justiça). PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil* – Relatório Final Ajustado. Porto Alegre: PUCRS, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, março 2011.

especialmente com a diminuição do campo de atuação do viés otimista⁴⁰⁷.

Outras medidas capazes de mitigar o viés otimista, pontuadas por Russel Korobkin, referem-se à: (i) conscientização das partes e dos advogados acerca de como o otimismo pode ser prejudicial às negociações, tarefa que incumbiria, por exemplo, ao mediador, ao conciliador ou ao órgão judiciário; (ii) possibilidade de os referidos agentes pedirem às partes, especialmente aos advogados, em uma reunião privada antes da audiência, para que enumerem as fraquezas de seu caso e apresentem o argumento que acreditam que será utilizado pela parte contrária; e (iii) possibilidade de o mediador ou de o conciliador pedir aos advogados das partes que se coloquem no lugar do juiz e expliquem o seu raciocínio para uma determinação judicial indesejável⁴⁰⁸.

Conforme será abordado na próxima seção, custas e despesas processuais também podem determinar a força de atuação do viés

⁴⁰⁷ Não se pode deixar de mencionar, ainda, que uma forma de dimensionar a probabilidade de êxito das ações judiciais, que vem sendo comentada no meio jurídico e já está em operação, principalmente por escritórios de advocacia, refere-se aos programas de *machine learning*, os quais, de modo geral, podem ser conceituados como algoritmos utilizados para realizar previsões. CARY, Coglianese; LEHR, David. Regulating by robot. Administrative decision making in the Machine-Learning Era. *The Georgetown Law Journal*, v. 105, p. 1156, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734/?utm_source=scholarship.law.upenn.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1734&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 22 out. 2018. A inteligência artificial funciona a partir: de capacidades de processamento do computador de linguagem natural, para permitir a comunicação com sucesso; de representação do conhecimento, para armazenar o que sabe ou ouve; de raciocínio automatizado, para usar as informações armazenadas, responder às perguntas e desenhar novas conclusões; de *machine learning*, antes mencionada; de visão de computador, para perceber objetos; e de robótica, para eventualmente manipular objetos e movimentar-se. RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3. ed. New Jearsey: Pretice Hall/Pearson Education, 2010, p. 2-3. Sob essa perspectiva, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron mencionam a existência do viés tecnológico, relativo à tendência de as pessoas acreditarem que estão imunes aos vieses cognitivos por conta da utilização da tecnologia, quando, na verdade, os próprios algoritmos podem estar enviesados (aliás, um meio de atenuação desse viés cognitivo é buscar a transparência dos algoritmos utilizados) (*Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*, p. 125-149).

⁴⁰⁸ KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 294-297, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018.

otimista e influenciar as partes no processo decisório relativo à litigância e à celebração de acordos. Portanto, não apenas a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais tem o condão de aumentar o campo de atuação do viés otimista – também é importante compreender todo o plexo situacional que envolve o Poder Judiciário brasileiro, com uma breve análise acerca das custas e das despesas processuais, especialmente quanto às formas de alocação inglesa e norte-americana.

4.3.2 As custas e as despesas processuais como fatores determinantes da força de atuação do viés otimista

Consoante delineado na seção 1.3.1 do presente estudo, apenas para rememorar os conceitos relativos às principais formas de alocação das custas e das despesas processuais, verificou-se que, nos sistemas jurisdicionais em que a regra norte-americana é adotada, cada uma das partes é responsável por seus próprios gastos referentes à litigância⁴⁰⁹. Em contrapartida, segundo a regra inglesa de alocação das custas e das despesas processuais, a parte perdedora deverá suportar os custos da parte vencedora⁴¹⁰, ou seja, aquela deverá ressarcir a esta as despesas⁴¹¹ relativas aos atos que guardam vínculo com a ação judicial.

⁴⁰⁹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*, p. 85.

⁴¹⁰ COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, v. XXVII, set. 1989, p. 1067-1097. Disponível em:

<https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 1073, tradução livre. No texto original: “the loser in a trial bears the legal costs of the winner”.

⁴¹¹ Salienta-se que a espécie dos valores a serem ressarcidos à parte vencedora pela perdedora varia de país para país, mas, em geral, englobam as despesas com advogado, as custas e taxas judiciárias, a remuneração de agentes auxiliares da justiça e outros desembolsos que guardam relação com o processo judicial. Por exemplo, no Canadá, cujo sistema jurisdicional adota a regra inglesa de alocação de custas e despesas processuais, estão incluídos os gastos relativos ao advogado; às taxas de agenciamento, como contratação de agentes locais e estrangeiros, advogado de apelação e oficial de justiça; às custas judiciais; e a outros desembolsos, como fotocópias, peritos, testemunhas, viagens, etc., desde que essas expensas sejam consideradas razoáveis. Já no sistema jurisdicional da Rússia, a título de comparação, as despesas relativas às taxas de agenciamento não estão incluídas, ou seja, o perdedor não tem o dever de reembolsar o vencedor desses gastos. (LOVELLS. *At what cost?* A Lovells multi jurisdictional guide to litigation costs. 2010, p. 46, 146. Disponível em:

<<http://www.chrysostomides.com/assets/modules/chr/publications/16/docs/LitigationCostsReport.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018).

Convém esclarecer que o sistema jurisdicional brasileiro⁴¹² acolhe a regra inglesa de alocação dos custos relativos à ação judicial. Sem aprofundar a temática relativa à natureza ou aos itens que correspondem às despesas e às custas processuais, pois isso fugiria ao escopo deste trabalho, depreende-se do artigo 84 do Código de Processo Civil que o termo despesas é tratado como gênero⁴¹³, abrangendo “[...] as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha”. Além disso, conforme prevê o artigo 85 da referida lei adjetiva, a parte perdedora deverá pagar ao advogado do vencedor os honorários de sucumbência.

A intenção primária da adoção da regra inglesa de alocação dos custos referentes à litigância, conforme destacam Robert Cooter e Thomas Ulen, é desincentivar que ações judiciais com baixa probabilidade de êxito sejam propostas⁴¹⁴. É que, sabendo que existem poucas chances de obter um julgamento favorável, o fato de o potencial litigante ter de pagar ao vencedor (eventual demandado) os custos gerais

⁴¹² Apenas a título de comparação, um amplo estudo realizado pela empresa internacional de prática jurídica Hogan Lovells em cinquenta países, revelou que no ano de 2010, 87,5% dos seus respectivos sistemas jurisdicionais, guardadas algumas especificidades, adotaram a regra inglesa de alocação das custas e das despesas processuais. Entre os países analisados, podem ser citados Austrália, Austria, Bélgica, Canadá, China, Dinamarca, República Checa, Emirados Árabes Unidos, Inglaterra, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hong Kong, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nova Zelândia, Holanda, Polônia, Portugal, Rússia, Singapura, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça, Suécia, Taiwan, Turquia, Ucrânia, Estados Unidos (Estados da Califórnia, Delaware, Nova Iorque e Texas) e Vietnam. Salienta-se que destes, apenas Japão, Taiwan, Estados Unidos e Vietnam adotam a regra norte-americana de alocação de custas, com específicas exceções. LOVELLS. *At what cost? A Lovells multi jurisdictional guide to litigation costs*. 2010. Disponível em: <<http://www.chrysostomides.com/assets/modules/chr/publications/16/docs/LitigationCostsReport.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴¹³ Renato Resende Beneduzi leciona que as despesas podem ser divididas em judiciais ou processuais e extraprocessuais (*Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 70 ao 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 122). Sobre a primeira expressão, Segundo Cândido Rangel Dinamarco, refere-se aos itens relativos ao custo do processo, que de algum modo e em determinado momento passam a ser devidos aos agentes estatais, como custas judiciais, taxa judiciária e remuneração de peritos ou intérpretes, por exemplo. Já as despesas extraprocessuais, conforme Renato Resende Beneduzi, abrangem aquelas que, “embora relacionadas ao processo, não se destinam ao pagamento do Estado ou de agentes estatais, como os honorários (contratuais ou de sucumbência), a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha. O rol do art. 84, de todo modo, é meramente *exemplificativo*”. (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 651).

⁴¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*, p. 440.

relativos ao processo em caso de perda tende a desencorajá-lo a seguir pelo caminho da litigância⁴¹⁵.

Em relação às ações judiciais com alta probabilidade de êxito, a adoção da regra inglesa teria o condão de promover um maior número de casos ajuizados, pois os potenciais litigantes não teriam de suportar suas despesas legais se o resultado esperado se concretizasse⁴¹⁶. No entanto, por estar a escolha relativa ao ajuizamento da demanda diretamente atrelada à determinação da probabilidade de sucesso, nem sempre o acolhimento da regra inglesa significará um desincentivo à decisão de litigar, quando forem pequenas as chances de êxito da ação judicial, ou um incentivo, na hipótese de ser alta a possibilidade de ganho.

No contexto do Poder Judiciário brasileiro, em que há um amplo cenário de imprevisibilidade das decisões judiciais, o acolhimento da regra inglesa de alocação das custas e das despesas processuais apenas faz persistir ou até fomentar o campo de atuação do viés otimista, cuja presença é favorecida na ausência ou insuficiência de previsão quanto ao provimento jurisdicional, nos termos consignados na seção precedente.

O viés otimista, conforme abordado no capítulo anterior, tende a fazer com que as pessoas superestimem a ocorrência de eventos benéficos ou positivos e, por outro lado, subestimem a possibilidade de episódios ou de situações ruins se concretizarem. O fato de o ressarcimento das despesas e das custas processuais à parte vencedora ocorrer em momento posterior ao ajuizamento da demanda, ou seja, os custos *ex ante* à propositura da ação judicial são menores na regra inglesa quando comparados com a regra americana⁴¹⁷, pode fomentar o

⁴¹⁵ Para exemplificar, Steven Shavell menciona o seguinte caso: “suponha que a probabilidade de vitória do litigante seja agora de apenas 30 por cento, que o valor do julgamento seria de \$100.000,00, que os custos legais do litigante seriam de \$10.000,00 e que os custos legais do réu seriam de \$80.000,00. Sob a regra americana, o litigante iria processar, \$10.000,00 sendo menor que o ganho esperado de \$30.000,00, mas, sob a regra inglesa, o litigante não processaria porque suas despesas esperadas seriam de 70% X \$90.000,00 = \$62.000,00”. (*Foundations of economic analysis of law*, p. 429, tradução livre). No texto original: “suppose that the plaintiff’s probability of victory is now only 30 percent, that the judgment amount would be \$100,000, that the plaintiff’s legal costs would be \$ 10,000, and that the defendant’s legal costs would be \$80,000. Under the American rule, the plaintiff would sue, \$10,000 being less than the \$30,000 expected gain, but under the English rule the plaintiff would not sue because his expected expenses would be 70% X \$90,000 = \$62,000”.

⁴¹⁶ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*, p. 429.

⁴¹⁷ Conforme pontua Miguel Carlos Teixeira Patrício, “[...] dado que a *regra inglesa* (RI) tem custos totais (2) equivalentes à *regra americana* (RA) mas custos ‘ex ante’ inferiores (‘eventualmente 0’ em vez de seguramente 1’), poder-se-ia pensar que a *regra inglesa*

viés otimista e a expectativa de que o resultado da prestação jurisdicional será positivo.

Se o potencial litigante, dentro de um cenário de imprevisibilidade quanto à prestação jurisdicional, tende a ser otimista quanto à sua probabilidade de êxito, a possibilidade de escapar do pagamento das custas e das despesas processuais no fim do processo fomenta essa percepção. Ou seja, dificilmente o potencial litigante, inflado pela expectativa otimista de sair vitorioso ao final da ação judicial, preocupar-se-á com eventuais e futuras despesas a serem pagas ao eventual demandado na hipótese de um julgamento desfavorável.

Por conseguinte, como o dispêndio monetário para a propositura da ação judicial é menor quando comparado ao valor final que deverá ser desembolsado em caso de perda, somado este fato ao cenário de imprevisibilidade das decisões judiciais, tem-se uma conjuntura de manutenção do viés otimista e de fomento de expectativas muitas vezes irrealis sobre o resultado da demanda a ser ajuizada. Talvez, ainda diante da regra inglesa, se a maior parcela de todo o valor a ser desembolsado durante o curso do processo estivesse concentrada no início da ação judicial, especificamente com a sua propositura, a atuação do viés otimista fosse refreada⁴¹⁸.

Nessa linha de raciocínio, o acesso gratuito ao Poder Judiciário tem o condão de, com muito mais força, estimular ou favorecer a atuação do viés otimista, especialmente quando não se puder dimensionar a probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta.

incentivaria o maior recurso às instâncias judiciais por comparação com a *regra americana*”, em que pese essa determinação esteja, segundo o autor, mais vinculada à aversão ou não ao risco das partes” (*Análise econômica da litigância*, p. 90).

⁴¹⁸ Estudo realizado no ano de 2010 pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010, sobre o perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e a análise comparativa da experiência internacional, estimou os valores de custas nos estados brasileiros para o caso de propositura de uma ação judicial de conhecimento, na justiça estadual, na área cível e em procedimento ordinário, em função de valores hipotéticos da causa estabelecidos no patamar de R\$ 2.000,00; R\$ 20.000,00; R\$ 50.000,00 e R\$ 100.000,00. Consigna-se que o Estado de Santa Catarina, que paradoxalmente ostenta um dos maiores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) e apresenta um dos mais elevados PIB per capita do país, figurou em todas as hipóteses apresentadas como um dos estados da federação que adota os valores mais baixos para custas e taxas judiciárias, ao lado do Distrito Federal e de São Paulo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Perfil de fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018).

Ora, embora o potencial litigante não tenha certeza ou não tenha meios de determinar uma percentagem específica acerca da probabilidade de sucesso da ação judicial, o fato de ser-lhe concedido, eventualmente, o benefício de acesso gratuito ao Poder Judiciário fomenta a busca pelo risco, *in casu*, a litigância.

Não obstante eventual incerteza quanto à possibilidade de ganho, a crença de que é possível ganhar torna o potencial litigante propenso à tomada de decisões arriscadas, notadamente quando for viável a concessão do benefício de acesso gratuito ao Poder Judiciário. Conquanto Daniel Kahneman e Amos Tversky tenham discorrido sobre o ganho improvável e como essa possibilidade estimula a busca pelo risco – o que explicaria a atratividade dos bilhetes de loteria⁴¹⁹ –, a ausência ou a insuficiência de previsibilidade das decisões judiciais, por fomentar o campo de atuação do viés otimista, produz o mesmo efeito, em especial na hipótese de acesso gratuito ao Poder Judiciário.

A propósito, pesquisa realizada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio do Grande do Sul, por meio de equipe multidisciplinar coordenada por Luciano Benetti Timm e Hermílio Santos Filho, com o objetivo de delimitar as causas da morosidade das ações cíveis no Poder Judiciário brasileiro, constatou que “os baixos custos e a possibilidade de assistência jurídica gratuita são reconhecidos como incentivos” à litigância⁴²⁰. Aliás, entrevistas realizadas com partes processuais, advogados e juízes durante a referida pesquisa revelaram que “um dos motivos que levam os indivíduos a buscarem a prestação jurisdicional é o baixo custo e baixo risco envolvido no procedimento judicial, e de que esses motivos estão vinculados ao benefício da Assistência Judiciária Gratuita”⁴²¹.

⁴¹⁹ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values and frames. In: _____; _____ (Ed.). *Choices, values and frames*, p. 8.

⁴²⁰ Nessa perspectiva, pode-se mencionar os Juizados Especiais Cíveis, “idealizados e instalados como uma oferta alternativa à justiça ‘comum’ (*rectius*: ações de rito sumário: CPC, art. 275), mediante um procedimento célere, informal, tendencialmente consensual e predominantemente oral, com dispensa de advogado em primeiro grau, mas essa *facilitação* acabou por projetar um efeito colateral negativo, quiçá não previsto, mas inevitável, ocorrente quando se maneja a distribuição da justice como se fora uma prestação primária do Estado. Com efeito, após algum tempo, esse franqueamento acabou projetando uma externalidade negativa, qual seja o desestímulo à busca por outros meios auto e heterocompositivos e, a par disso, se insuflou a *cultura demandista*, tudo acarretando a sobrecarga de serviço nesses Juizados [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed., p. 141).

⁴²¹ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil* – Relatório Final Ajustado. Faculdade

Como não há um padrão pré-estabelecido para o deferimento do acesso gratuito ao Poder Judiciário⁴²², é esperado que as partes tentem obter a concessão deste benefício, mesmo aquelas que, *a priori*, teriam condições de arcar com os custos relativos ao processo⁴²³. Sob a perspectiva cognitiva do magistrado, diante da ausência de parâmetros objetivos e por existir presunção de veracidade⁴²⁴ quanto à alegação de insuficiência de recursos da parte, cabendo ao órgão julgador buscar elementos que evidenciem a falta de pressupostos⁴²⁵ para a concessão da assistência judiciária gratuita, alimenta-se uma estrutura na qual deferir o benefício é muito mais fácil que indeferi-lo. Longe de se defender, no presente trabalho, a restrição do acesso gratuito ao Poder Judiciário, direito consagrado na Constituição Federal⁴²⁶, não se pode negar que a forma não objetivamente padronizada para a concessão deste benefício gera “a percepção – tão propalada quanto equivocada – de um *acesso à*

de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2011, p. 77, 194.

⁴²² A Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, e o Código de Processo Civil de 2015, dos artigos 98 a 102, não preveem critérios específicos e objetivos para a concessão da assistência judiciária gratuita. Podem pleitear a referida gratuidade, mesmo com a contratação de advogado particular, a pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, que não tenha recursos suficientes para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. Basta que o requerente informe, por petição, a qualquer momento do processo, que não possui condições de arcar com as custas e os honorários, sem prejuízo próprio e de sua família.

⁴²³ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil* – Relatório Final Ajustado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2011, p. 27.

⁴²⁴ Conforme dispõe o parágrafo 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil, “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

⁴²⁵ Nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Código de Processo Civil, “o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”.

⁴²⁶ O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Salienta-se que, embora não seja objeto do presente trabalho, a efetiva preocupação e estudo acerca do acesso à justiça ganhou corpo a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, denominada “Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report”, que integrava o *Florence project*. Entre outras importantes questões, o trabalho analisava experiências bem sucedidas nos mais variados ordenamentos jurídicos do mundo, culminando na proposição de ideias para mitigar os obstáculos do jurisdicionado ao acesso à função jurisdicional.

justiça franco, generalizado e incondicionado, à sua vez reportado a uma mal compreendida ou mal-explicada *facilitação deste acesso*⁴²⁷.

A figurar como uma das medidas que pode mitigar o uso *irresponsável* da assistência judiciária gratuita e, eventualmente, diminuir o campo de atuação do viés otimista, está justamente o estabelecimento de critérios objetivos para o deferimento do pedido de gratuidade e, ainda, o uso legal da possibilidade de parcelamento das despesas processuais, consoante previsto no parágrafo 6º do artigo 98 do Código de Processo Civil⁴²⁸. Conforme consignado na pesquisa coordenada por Luciano Benetti Timm e Hermílio Santos Filho, “o conceito de ‘pobre’ deve ter amparo em dados estatísticos e não no sentimento relativo aos magistrados”^{429_430}.

Por derradeiro, conquanto não seja o objetivo deste trabalho aprofundar a temática relativa às custas e às despesas processuais⁴³¹,

⁴²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed., p. 141.

⁴²⁸ Prevê o referido dispositivo que, “conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento”.

⁴²⁹ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil – Relatório Final Ajustado*. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2011, p. 11. Aliás, como sugestão, esta pesquisa menciona que a assistência judiciária gratuita “só deve ser concedida em casos de renda familiar ao redor de 2 (dois) salários mínimos ou então se adotando o limite de remuneração para efeito de isenção do imposto de renda. Esta mudança pode ser feita por alteração legislativa (inclusão de limite específico na Lei 1.060/50) ou por meio de uma padronização definida pelo CNJ em conjunto com os demais tribunais”.

⁴³⁰ A título de comparação, embora seja possível a assistência judiciária gratuita, na França, a concessão desse benefício, que pode ser parcial ou total, é destinada a pessoas (cidadãos franceses, nacional de Estado-membro da União Europeia, nacional de país que celebrou convenção com a França ou residentes permanentes na França) com renda mensal entre €916 e €1.372 (dados do ano de 2010). Cf. LOVELLS. *At what cost? A Lovells multi jurisdictional guide to litigation costs*. 2010, p. 81-82. Disponível em: <<http://www.chrysostomides.com/assets/modules/chr/publications/16/docs/LitigationCostsReport.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁴³¹ Sobre a temática das custas judiciais e o acesso gratuito ao Poder Judiciário, especificamente no âmbito do Poder Judiciário de Santa Catarina, indica-se a pesquisa realizada por Fernanda Elisabeth Nöthen Becker, no âmbito do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. A autora foi precisa ao analisar a ineficiência da prestação jurisdicional sob a perspectiva das custas e das despesas processuais, demonstrando, entre outras questões, que a taxaço insuficiente e a concessão de assistência judiciária gratuita sem lastro na hipossuficiência fomentam a litigância inautêntica, abusiva e frívola. (*Custas judiciais e justiça gratuita como fato de (in)eficiência da prestação jurisdicional do Poder Judiciário de Santa*

buscou-se evidenciar que o sistema de alocação adotado pelo Poder Judiciário brasileiro, dentro de um contexto de insuficiência quanto à previsibilidade das decisões judiciais e de baixos custos para litigar, promove a manutenção do campo de atuação do viés otimista. Outrossim, a assistência judiciária gratuita e a sua forma de concessão⁴³², também considerado o cenário de imprevisibilidade da prestação jurisdicional, acabam fomentando a busca ou a pré-disposição pelo risco, leia-se, pelo litígio.

4.4 BREVE APONTAMENTO SOBRE A ATUAÇÃO CONTRAINTUITIVA: POTENCIAIS MEDIDAS LEGAIS E EXTRALEGAIS DE ATENUAÇÃO DAS HEURÍSTICAS E DOS VIESES COGNITIVOS ABORDADOS

Ao longo do desenvolvimento dos capítulos 3 e 4 do presente estudo, buscou-se analisar as heurísticas do afeto, do excesso de confiança e os vieses cognitivos confirmatório, egocêntrico e otimista, sob a perspectiva da decisão relativa à litigância e à celebração de acordos. Depois de aprofundar os conceitos e a forma de atuação de cada atalho cognitivo na escolha entre litigar ou realizar um acordo, procurou-se indicar potenciais medidas mitigatórias ou contraintuitivas relacionadas às mencionadas heurísticas e vieses cognitivos.

O objetivo da presente seção centra-se em congregar, de forma breve, as medidas mitigatórias das heurísticas e dos vieses cognitivos mencionados ao longo dos capítulos 3 e 4 deste trabalho e, para além daquelas já apontados, indicar outros mecanismos legais passíveis de atenuar o campo de atuação dos referidos atalhos cognitivos. De plano, para permitir uma melhor visualização do significado de cada heurística,

Catarina. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018).

⁴³² Consoante apontado no relatório “Justiça em Números de 2018” (data-base de 2017) do Conselho Nacional de Justiça, o percentual de casos solucionados com o benefício da assistência judiciária gratuita, calculados com base nos processos arquivados definitivamente, foi de 33% no ano de 2017 e, no Poder Judiciário de Santa Catarina, que figura entre os tribunais de médio porte, foi de 29%. O Poder Judiciário Catarinense, vale lembrar, ocupa o segundo lugar no ranking de tribunais de médio porte, e o quanto lugar na lista de todos os tribunais estaduais, com maior gasto em assistência judiciária gratuita, com um percentual de 1.42% em relação à despesa total da Justiça por tribunal. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018, p. 81-82.

viés cognitivo e das medidas contraintuitivas, apresenta-se o seguinte quadro.

Quadro 6 - Síntese das heurísticas, dos vieses cognitivos e das medidas mitigatórias abordados

HEURÍSTICAS E VIESES	BREVE CONCEITUAÇÃO	MEDIDAS MITIGATÓRIAS EXTRALEGAIS E LEGAIS
Heurística da ancoragem	Relativa à tendência das pessoas de se apegarem a um ponto de partida ou a um valor inicial antevisto, a partir do qual ajustarão suas percepções acerca da probabilidade de ocorrência de algum acontecimento ou mesmo para a realização de julgamentos, especialmente em estimativas numéricas.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promover a educação dos operadores do direito sobre a heurística da ancoragem; 2. Buscar explicar ao órgão julgador sobre a existência e como opera a heurística da ancoragem, salientando a possibilidade de o juiz ficar ancorado à petição inicial, à decisão liminar proferida, às alegações produzidas em audiência, aos indícios colhidos durante o inquérito policial, à denúncia no processo penal, entre outros.
Heurística do afeto	Refere-se aos sentimentos, positivos ou negativos, e às reações emotivas que podem influenciar o comportamento do indivíduo e a tomada de decisão.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promover a educação dos operadores do direito sobre a heurística do afeto (entender como operam as emoções); 2. Deixar de negar ou de ignorar a influência das emoções no contexto das negociações e na hora da tomada da decisão relativa à propositura da ação judicial; 3. Buscar a cooperação entre as partes para atenuar as emoções negativas; 4. Estabelecer um diálogo emocional no processo de negociação e, se possível, durante o litígio (fator pedido de desculpas); 5. Buscar fazer uso estratégico das emoções, em prol da celebração de acordos (preocupações centrais).

HEURÍSTICAS E VIESES	BREVE CONCEITUAÇÃO	MEDIDAS MITIGATÓRIAS EXTRALEGAIS E LEGAIS
<p align="center">Heurística do excesso de confiança e viés egocêntrico</p>	<p>A heurística do excesso de confiança compreende a tendência de as pessoas, como a própria nomenclatura sugere, serem excessivamente confiantes em suas posições e escolhas, demonstrando um alto grau de certeza sobre elas. O viés egocêntrico, por sua vez, refere-se à tendência de as pessoas acreditarem que estão acima da média em relação aos indivíduos que exercem atividade semelhante ou que contribuíram mais que o outro no desenvolvimento de um projeto conjunto.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promover a educação dos operadores do direito sobre a heurística do excesso de confiança e sobre o viés otimista; 2. Buscar a cooperação entre as partes para atenuar o excesso de confiança quanto às posições tomadas; 3. Aplicar a técnica do “advogado do diabo”, a fim de atenuar a excessiva confiança ou certeza quanto às posições iniciais’ 4. Utilização de <i>checklists</i> para indicar quem efetivamente realizou a tarefa em um projeto conjunto, no intuito de atenuar o viés egocêntrico
<p align="center">Viés confirmatório</p>	<p>Refere-se à tendência de as pessoas buscarem informações, dados ou subsídios que confirmem ou corroborem suas crenças e posições primárias, ignorando ou derogando as informações que refutem essas prévias hipóteses ou suposições.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Promover a educação dos operadores do direito sobre o viés confirmatório; 2. Admitir ou tomar consciência da existência do viés confirmatório na esfera judiciária; 3. Formar novos hábitos ou substituir os antigos (Juarez Freitas); 4. Desconfiar de suas crenças ou posicionamentos iniciais, especialmente o órgãos judiciários, advogados e promotores de justiça; 5. Aplicar a técnica do “advogado do diabo”, para analisar o caso sob a perspectiva contrária;

HEURÍSTICAS E VIESES	BREVE CONCEITUAÇÃO	MEDIDAS MITIGATÓRIAS EXTRALEGAIS E LEGAIS
		<p>6. Impedir que o juiz da instrução ou que proferiu decisão liminar no curso do processo seja o mesmo magistrado responsável por proferir a sentença (também se aplica à heurística da ancoragem);</p> <p>7. Obstar que os órgãos judiciários que saíram vencedores no julgamento de acórdão participem da ação rescisória (também se aplica à heurística da ancoragem);</p> <p>8. Impedir que o relator que proferiu a decisão agravada e os magistrados que prolataram o acórdão embargado participem do julgamento do agravo interno e dos embargos de divergência, respectivamente (também se aplica à heurística da ancoragem).</p>
Viés otimista	Relativo à tendência de as pessoas superestimarem a ocorrência de eventos positivos ou benéficos, criando expectativas melhores que a realidade.	<p>1. Promover a educação dos operadores do direito sobre o viés otimista;</p> <p>2. Admitir ou tomar consciência da existência e dos efeitos do viés otimista no contexto das negociações e na tomada de decisão relativa à litigância;</p> <p>3. Buscar atenuar os efeitos do viés confirmatório;</p> <p>4. Em relação ao advogado, deve ele buscar “amortecer” o entusiasmo inicial de seus clientes quanto à propositura da ação judicial, trazendo aspectos que reflitam a realidade do caso apresentado;</p> <p>5. Determinar, sempre que possível, a probabilidade de êxito da ação judicial a ser proposta, notadamente por meio da aplicação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015;</p> <p>6. Enumerar as fraquezas de seus próprios casos e encontrar os argumentos que possam ser trazidos pela parte contrária (não apenas para refutá-los, mas para nivelar as forças e atenuar as expectativas superestimadas</p>

HEURÍSTICAS E VIESES	BREVE CONCEITUAÇÃO	MEDIDAS MITIGATÓRIAS EXTRALEGAIS E LEGAIS
		de sucesso); 7. Diante da adoção da regra inglesa de alocação das custas e das despesas processuais pelo Judiciário brasileiro, concentrar a maior parcela de todo o valor a ser desembolsado durante o curso do processo no início da ação judicial, especificamente com a sua propositura; 8. Estabelecer critérios objetivos para a concessão da assistência judiciária gratuita.

Fonte: Elaborado pela autora (2018)

No decorrer do desenvolvimento deste trabalho, buscou-se demonstrar que o modelo tradicional ou neoclássico de racionalidade foi atualizado a partir das premissas estabelecidas pelo campo da economia comportamental, especialmente em face dos pressupostos da *bounded rationality* (Herbert Alexander Simon) e da *prospect theory* (Daniel Kahneman e Amos Tverski). Para tanto, dando enfoque à decisão relativa à litigância e à celebração de acordos, elegeram-se as mencionadas heurísticas e vieses cognitivos para, a partir de seus efeitos, discorrer sobre os elementos da cognição humana que, ao invés de invalidarem a teoria do modelo da escolha racional, aperfeiçoam a análise da tomada de decisão.

Neste ponto, importa esclarecer que este estudo não esgota as heurísticas e os vieses cognitivos⁴³³ que podem influir na tomada de decisão sobre a litigância, tampouco se exaurem todas as medidas contraintuitivas, legais ou extralegais. Ao revés, o objetivo deste estudo é refletir sobre a racionalidade e a tomada de decisão relativa à escolha entre litigar ou celebrar acordo, tendo como pano de fundo a análise econômica – o que justifica o enfoque dado ao modelo da teoria da escolha racional, às heurísticas e aos vieses cognitivos.

⁴³³ Existem diversas outras propensões cognitivas, para além daquelas mencionadas no presente trabalho, que podem influir na tomada de decisão, como por exemplo, *attentional bias*, *automation bias*, *backfire effect*, *belief bias*, *congruence bias*, *regressive bias*, *disposition effect*, *distinction bias*, *impact bias*, *normalcy bias*, *omission bias*, *outcome bias* etc. COSTA, José Eduardo. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, p. 60-70.

Aliás, conquanto não tenha sido objeto específico deste estudo, pode-se dizer que o aparato teórico aqui contido, ainda que introdutório e que, por si só, não possua força suficiente para alterar o comportamento das pessoas de forma previsível, é um *empurrãozinho*⁴³⁴ ou uma *cutucada* rumo à tomada de decisões quanto à litigância de forma menos intuitiva e mais deliberativa. Esta é, em suma, a proposição do presente trabalho, qual seja, alumiar a ardilosa “razão” daqueles que o leem.

⁴³⁴ A *Nudge Theory* foi preconizada por Richard Thaler, laureado com o Nobel de Ciências Econômicas em 2017, e por Cass Sunstein. Um *nudge*, termo que pode ser traduzido como “empurrãozinho” ou “cutucada”, “[...] é qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir quaisquer opções ou alterar significativamente seus incentivos econômicos”. (*Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press, New Haven e London, 2008, p. 6, tradução livre). No texto original: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives.”. Para que a inserção de determinado aspecto seja considerado um *nudge*, é necessário que essa alteração seja de fácil realização, sem constituir uma obrigação para o indivíduo (como, trazendo o exemplo mais clássico, a colocação de adesivos em formato de moscas nos mictórios masculinos para diminuir os respingos das urinas nos banheiros do aeroporto de Amsterdã). Ou seja, um *nudge* é algo simples, “pequeno”, em comparação com os demais elementos que compõem o processo decisório do indivíduo, mas, ao mesmo tempo, constitui um empurrãozinho, dotado da singela capacidade de modificar o comportamento das pessoas.

CONCLUSÃO

O contexto de sobreutilização do Poder Judiciário brasileiro remete à necessidade de entender quais fatores contribuem para o excesso de litigância. Partindo da perspectiva do indivíduo, ou seja, sob a ótica da microeconomia e por meio do uso instrumental da análise econômica, o presente trabalho propôs-se a demonstrar quais artefatos de caráter objetivo – dispêndios monetários, benefício/prejuízo esperado e dimensionamento da probabilidade de êxito – são levados em consideração na tomada de decisão relativa à propositura da ação judicial versus a possibilidade de celebração de acordo e, ainda, como os fatores de natureza subjetiva – heurísticas e vieses cognitivos – podem influir na realização dessa escolha.

Sem pretender esgotar todos os fatores que levam à litigância, mas, sim, com o intuito de introduzir a presente temática no universo jurídico, este estudo iniciou com a abordagem da relação existente entre a escassez e a necessidade de realizações diárias de escolhas. É justamente da ausência de infinitude das coisas que emerge a imprescindibilidade da tomada de decisões, desde as escolhas mais banais até aquelas que demandam maior atenção do indivíduo. Não aparenta, todavia, que o jurisdicionado brasileiro tenha essa percepção de finitude quando se trata de acionar o Poder Judiciário para a resolução dos conflitos – e a análise do Relatório “Justiça em Números” de 2018 do Conselho Nacional de Justiça, consignada na introdução deste estudo, corrobora essa hipótese.

Compreender a tomada de decisão que resulta na litigância, por mais paradoxal que seja, exige desprendimento do mundo das leis. As lentes da análise econômica, focalizadas no contexto vivenciado pelo Poder Judiciário brasileiro, congregam o ferramental necessário ao entendimento do comportamento do indivíduo e, especificamente neste estudo, aos fatores que o incitam a litigar ou a celebrar acordo.

Para trilhar esse caminho, no primeiro capítulo deste trabalho, após discorrer sobre a questão da racionalidade e da escassez, iniciou-se a análise da decisão relativa à litigância, ancorada nas premissas estabelecidas pela abordagem neoclássica da economia, a partir da teoria do modelo da escolha racional. Basicamente, pôde-se apreender os principais elementos que, sob a perspectiva do modelo da escolha racional, seriam levados em consideração na decisão entre propor uma ação judicial ou celebrar um acordo – custas e despesas vinculadas ao

processo, probabilidade de sucesso da demanda a ser ajuizada e ganho ou perda esperado.

A partir desses pressupostos, realizou-se a análise prática ideal da decisão relativa ao ajuizamento da demanda, em contraposição à possibilidade de celebração de acordo. Em suma, o resultado do sopesamento dos referidos dados objetivos tende a promover a cooperação entre as partes quando, em regra, a oferta mínima do potencial litigante for inferior à proposta máxima do eventual demandado.

A partir da multiplicação da probabilidade de êxito da demanda com o ganho esperado do litígio, menos as custas e as despesas processuais, obtém-se a oferta mínima a ser aceita pelo potencial litigante. Em relação à proposta máxima a ser ofertada pelo eventual demandado, esta pode ser alcançada por meio da multiplicação da probabilidade de sucesso da demanda com a perda esperada em caso de julgamento favorável ao autor da ação, mais as custas e as despesas relativas ao processo. O ponto de chegada da realização desse sopesamento é justamente a capacidade de visualizar se existe, ou não, um campo passível de negociação entre as partes. Ao final do primeiro capítulo, as regras norte-americana e inglesa de alocação das custas e os aspectos atinentes ao risco e ao otimismo foram adicionados nesse processo decisório.

No segundo capítulo, com a inserção da análise econômica comportamental, a partir das premissas estabelecidas pela *bounded rationality*, preconizada por Herbert Alexander Simon, e dos pressupostos relativos à *prospect theory*, cunhada por Daniel Kahneman e Amos Tverski, juntaram-se à mensuração da análise relativa à litigância e à celebração de acordos os aspectos e os fatores subjetivos do indivíduo, notadamente as heurísticas e os vieses cognitivos. Utiliza-se o verbo “juntar” porque a perspectiva contida neste trabalho não almejou contrapor ou invalidar a abordagem neoclássica e o modelo da escolha racional com a inclusão de aspectos psicológicos do indivíduo.

Embora os fatores de cunho subjetivo influam, sem a menor dúvida, na tomada de decisão referente à litigância e à celebração de acordo, estes elementos não afastam os pressupostos estabelecidos pelo modelo da escolha racional, o qual conserva o seu caráter instrumental e serve sobretudo de *ponto de partida* para a inserção de aspectos íntimos dos decisores. Uma premissa se soma à outra, ora adicionando determinados aspectos, a exemplo das heurísticas e dos vieses, ora atualizando ou mitigando outros elementos, como a substituição da maximização da utilidade pelo pressuposto da satisfação e a

possibilidade de enquadramento das escolhas a serem realizadas como perdas ou ganhos (*framing*).

Depois de discorrer, então, sobre a *bounded rationality* e a *prospect theory*, chegou o momento de conceituar, de forma breve, as heurísticas do afeto (*affect heuristic*) e do excesso de confiança (*overconfidence heuristic*), bem como os vieses cognitivos confirmatório (*confirmation bias*), egocêntrico (*egocentric bias*) e otimista (*optimistic bias*). Com as definições dos referidos atalhos cognitivos, sem se olvidar os três pilares necessários à mensuração da escolha relativa à litigância e à celebração de acordos – custas e despesas vinculadas ao processo, probabilidade de sucesso da demanda a ser ajuizada e ganho ou perda esperado –, buscou-se realizar uma efetiva subsunção de cada heurística e viés cognitivo no contexto desse processo decisório.

A despeito de a bibliografia esmiuçada no presente trabalho ser em grande parte estrangeira, construída sob um cenário jurisdicional diverso do brasileiro, para atingir o objetivo deste estudo, buscou-se efetivar a subsunção das heurísticas e dos vieses cognitivos dentro da conjuntura do Poder Judiciário pátrio, quando se pôde visualizar, inclusive, os vastos campos de atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos sobre os jurisdicionados brasileiros – não apenas por seus aspectos psicológicos, inerentes a todo ser humano, mas principalmente pelo fomento destes mesmos aspectos em razão do *estado de coisas* vivenciado pelo Judiciário brasileiro, a começar pela insuficiência ou ausência de previsibilidade quanto às decisões judiciais.

No terceiro capítulo deste estudo, aliado às peculiaridades instituídas pela *bounded rationality* e pela *prospect theory*, discorreu-se, em um primeiro momento, sobre como a percepção subjetiva de ganho ou de perda pode determinar um comportamento avesso ao risco ou de busca de risco (*risk seeking*). Trazendo estes aspectos à decisão objeto do presente trabalho, pôde-se inferir que o enquadramento da escolha a ser realizada quanto à propositura da ação judicial ou à celebração de acordo como ganho tende a gerar um comportamento avesso ao risco – para recordar, basta responder novamente à pergunta de Daniel Kahneman: você prefere novecentos dólares com certeza ou 90% de chance de conseguir mil dólares?

O valor subjetivo ou emocional de ganho imediato tende a ter mais força, de modo que esse enquadramento positivo, em regra, promove um comportamento avesso ao risco e, portanto, favorável à celebração de acordos. De outro vértice, tendo em vista que as perdas assomam maiores que os ganhos, a percepção subjetiva de perda tende a

gerar um curso de ação de busca de risco, que pode levar, portanto, ao prosseguimento da ação judicial. Em contrapartida, na litigância frívola, entendida como aquela em que a ação judicial possui baixa probabilidade de êxito, tais premissas tendem a se inverter – exatamente como opera a lógica de aquisição de bilhetes de loteria. Ganhos improváveis – mas também os incertos em face do viés otimista – tendem a fazer com que as pessoas arrisquem na realização de suas escolhas.

Dando continuidade, ponderou-se a importância do *ponto de referência* para a tomada de decisão referente à litigância e à celebração de acordos, na medida em que as pessoas tendem a se apegar a determinado valor inicial ou ponto de partida em face da atuação da heurística da ancoragem. Tal qual uma âncora, no contexto das negociações as partes podem acabar ficando *ancoradas* a valores ou aspectos específicos, fator que pode levar a propostas discrepantes e à derrocada do acordo pretendido. Daí a importância de engendrar uma redução na assimetria de informações *na* parte e *entre* as partes – tarefa esta atribuída, com especial relevo, ao advogado, a quem compete, *a priori*, atenuar as expectativas de seus clientes e, a depender do caso, enfatizar a busca pela cooperação.

As emoções (heurística do afeto), outrossim, ocupam relevante papel no processo decisório relativo à propositura da ação judicial – ora operam como obstáculos à celebração do acordo, especialmente em casos em que a raiva e a necessidade de vingança tomam lugar, ora funcionam como ativo, assistindo as partes na superação do conflito. Embora não seja da natureza, por assim dizer, das escolas de direito voltarem suas atenções para a potencialidade das emoções, não se pode descurar que elas podem ser essenciais à cooperação, na medida em que o uso estratégico dos sentimentos – seja pelo juiz, pelo advogado, seja pelo conciliador ou mediador –, não raro, auxiliam as partes a colaborarem para a resolução do caso.

No quarto e último capítulo do presente trabalho, deu-se especial atenção aos vieses cognitivos confirmatório, egocêntrico, este em conjunto com a heurística do excesso de confiança, e ao viés otimista. A tendência de as pessoas buscarem confirmar suas crenças ou posições iniciais, atinente ao viés confirmatório, tem amplo lugar no contexto do Poder Judiciário brasileiro, tanto em relação aos advogados, que podem permanecer adstritos às suas teses, alegações ou argumentos, muitas vezes ignorando os posicionamentos contrários e promovendo a manutenção da assimetria de informações entre as partes, quanto em relação aos órgãos julgadores, seja a partir de uma decisão liminar, da

audiência de conciliação ou mediação, da denúncia contida nos autos e da possibilidade de produção de provas de ofício.

Entrelaçado ao viés confirmatório, também se discorreu sobre como o excesso de confiança e a percepção do indivíduo de ser, em tese, superior à média das pessoas que desenvolvem idêntica atividade, podem prejudicar os esforços voltados à celebração de acordos, a exemplo da superestimação de suas próprias capacidades em relação à parte adversa. Por sua vez, a subsunção do viés otimista ao contexto da decisão relativa à litigância e à celebração de acordos foi realizada sob duas frentes: diante da insuficiência ou ausência de previsibilidade das decisões judiciais e em face das custas e das despesas processuais, neste ponto com enfoque na regra inglesa de alocação e na possibilidade de concessão da assistência judiciária gratuita.

O esforço de pesquisa do quarto e último capítulo culminou em congregar as medidas mitigatórias do campo de atuação das heurísticas e dos vieses cognitivos abordados ao longo deste trabalho, revelando-se como proeminentes as seguintes proposições: (i) em primeiro lugar, promover a educação dos operadores do direito sobre os efeitos das heurísticas e dos vieses cognitivos na tomada de decisão; (ii) buscar cientificar, para promover o conhecimento e a conscientização, os profissionais da área jurídica acerca dos referidos atalhos cognitivos, em petições ou em audiências, por exemplo; (iii) a depender do caso, estabelecer um diálogo emocional, de modo a atenuar os sentimentos negativos e promover o uso estratégico das emoções, a exemplo do pedido de desculpas; (iv) aplicar a técnica do “advogado do diabo”, a fim de atenuar a excessiva confiança quanto às posições primárias e, ainda, fazer uso de *checklists*, especialmente nas tarefas em conjunto; (v) desconfiar de suas crenças ou posicionamentos iniciais em face da atuação do viés confirmatório e, sob a perspectiva legal, entre outras medidas, impedir que o juiz da instrução seja o mesmo magistrado a proferir a sentença de mérito; (vi) buscar atenuar as expectativas das partes quanto à probabilidade de êxito da ação judicial, tarefa que compete, em especial, ao advogado; (vii) promover a aplicação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015, estabelecer parâmetros objetivos para a concessão da assistência judiciária gratuita e, eventualmente, alocar a maior parcela das custas processuais no início do processo, como forma de mitigar o campo de atuação do viés otimista.

Por derradeiro, conforme mencionado na última seção do presente estudo, vale frisar que a finalidade primária deste trabalho não é esgotar todos os fatores subjetivos que podem influir na decisão

relativa à litigância e à celebração de acordos e suas respectivas medidas mitigatórias, mas, sim, funcionar como um *start* para a realização de escolhas de forma menos intuitiva e mais deliberativa, partindo do indivíduo, especificamente do jurisdicionado, para as questões macro do Poder Judiciário brasileiro que o retroalimentam.

REFERÊNCIAS

ABRAMS, Kathryn; KEREN, Hila. Who's afraid of law and the emotions? *Minnesota Law Review*, v. 94, p. 1.997-2.074, 2009-2010, p. 2004. Disponível em: <<https://www.law.berkeley.edu/php-programs/faculty/facultyPubsPDF.php?facID=1105&pubID=19>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

ADLER, Robert S. Flawed thinking: addressing decision biases in negotiation. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 30, issue n. 3, p. 685-774, 2005. Disponível em: <https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/77106/OSJDR_V20N3_0683.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 75-83.

ARANGUREN, Arturo Muñoz. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 2, p. 2-39, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1838370>. Acesso em: 24 jul. 2018.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. _____. : parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, t. I.

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. 1. ed. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

BANDES, Susan A. (Ed.). *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999.

_____ ; BLUMENTHAL, Jeremy A. Emotion and the law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 8, p. 161-181, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/234146345_Emotion_and_the_Law>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BAR-GILL, Oren. The success and survival of cautious optimism: legal rules and endogenous perceptions in pre-trial settlement negotiations. *Harvard Law School Public Law*, Working paper n. 35, p. 1-54, maio 2002, p. 4. Disponível em: <<http://hls.harvard.edu/faculty/directory/10042/Bar-Gill/publications?publicationYear=2006>>. Acesso em: 1º maio 2018.

BLAUG, Mark. *Metodologia da economia*. São Paulo: Edusp, 1993.

_____. The evolution and persistence of optimism in litigation. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 22, n. 2005, p. 492, tradução livre. Artigo enviado pelo autor por meio do e-mail bargill@law.harvard.edu em setembro de 2017.

BECKER, Gary Stanley. *The economic approach to human behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976-1990.

_____. *Economic theory*. New Jersey: Transaction Publishers, 1971/2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BENEDUZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERRY, Chelsea. A proposal to study the effect of optimism, overconfidence and the planning fallacy on lawyers ability to secure favorable results for clients. *Prize Winning Papers*, 7, p. 1-16, 2017. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/prize_papers/7/>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BIRKE, Richard; FOX, Craig R. Psychological principles in negotiating civil settlements. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 4, rev. 1, p. 1-57, 1999. Disponível em:

<<http://personal.anderson.ucla.edu/policy.area/faculty/fox/hnlr99.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2018.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARY, Coglianese; LEHR, David. Regulating by robot. Administrative decision making in the Machine-Learning Era. *The Georgetown Law Journal*, v. 105, p. 1156, 2017. Disponível em:

<https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734/?utm_source=scholarship.law.upenn.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1734&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 22 out. 2018.

CASTRO, Daniel Pentead de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAPMAN, Loren J. Illusory correlation in observational report. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 6, n. 1, fev. 1967, p. 151-155. Disponível em:

<<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022537167800665>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

CHAPPE, Nathalie; GIRAUD, Raphael. Confidence, optimism and litigation: a litigation model under ambiguity. *Centre de Recherche sur les stratégies économiques*. Working paper n. 2013-05, p. 1-23, maio 2013, p. 5. Disponível em: <<http://crese.univ-fcomte.fr/WP-2013-05.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2018.

COLIN, Camerer. Individual decision making. In: KAGEL, John H.; ROTH, Alvim E (Ed.). *The handbook of experimental economics*. New Jersey: Princeton University Press, 1995. p. 587-616.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/sobre-as-metas>>. Acesso em: 25 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Perfil de fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

_____; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, v. XXVII, p. 1067-1097. setembro 1989. Disponível em: <https://www.law.berkeley.edu/files/Rubinfeld_06.09.04_pdfs/JEL_Ec.%20analysis%20of%20legal%20disputes_1989.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

COSTA, José Eduardo. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Andrade. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

DOMINGUES, Victor Hugo. Vieses e heurísticas. In: _____; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2016. p. 47-51.

DROR, Itiel E.; BUSEMEYER, Jerome R.; BASOLA, Beth. Decision making under time pressure: an independent test of sequential sampling models. *Memory & Cognition*, v. 27, issue 4, p. 713-725, 1999.

Disponível em:

<<https://link.springer.com/content/pdf/10.3758%2FBF03211564.pdf>>.

Acesso em: 24 jul. 2018.

_____; FRASER-MACKENSIE, Peter A. F. Cognitive biases in human perception, judgement and decision making: bridging theory and the real world. In: ROSSMO, Kim (Ed.). *Criminal investigative failures*. Florida: Taylor & Francis Group CRC Press, 2008. p. 53-67.

ENGEL, Christoph; GIGERENZER, Gerd (Coord.). *Heuristics and the law*. Cambridge: The MIT Press, 2006.

EPLEY, Nicholas; CARUSO, Eugene M. Egocentric ethics. *Social Justice Research*, v. 17, n. 2, p. 171-187, jun. 2004. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20141014141205/http://faculty.chicagobooth.edu/eugene.caruso/docs/ego_ethics.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

EISENBERG, Theodore. Differing Perceptions of Attorney Fees in Bankruptcy Cases. *Washington University Law Review*, v. 72, issue 3, jan. 1994, p. 979-995. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/ab4f/2969392658effcc30fb83d26b830f04a85f3.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

ETIENNE, Margareth; ROBBENOLT, Jennifer K. Apologies and plea bargaining. *Marquette Law Review*, v. 91, Issue 1, p. 295-322, 2007.

Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/834d/c6ed4e87a313c54bbc1877bed0318642bd5.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Anchoring in judicial decision-making. *Psychology in Spain*, Madrid, v. 7, n. 1, p. 56-65, 2003. Disponível em:

<<http://www.psychologyinspain.com/content/full/2003/7007.pdf>>.

Acesso em: 29 maio 2018.

FEIGENSON, Neal. “Another thing needful”: exploring emotions in law. In: BANDES, Susan A. (Ed.). *The passions of law*. New York: New York University Press, 1999. p. 445-461. Disponível em: <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/168142/18_02_B_R_Feigenson.pdf;sequence=1>. Acesso em: 9 jun. 2018.

_____. Emotional influences on judgments of legal blame: how they happen, whether they should and what to do about it. In: BORNSTEIN, Brian, H; WIENER, Richard L. (Ed.). *Emotion and the law: psychological perspectives*. Nebraska Symposium on Motivation, 56. New York: Springer, 2010, p. 89. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/227090462_Emotional_Influences_on_Judgments_of_Legal_Blame_How_They_Happen_Whether_They_Should_and_What_to_Do_About_It>. Acesso em: 9 jul. 2018.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução de Eduardo Cesar Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, fevereiro 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4328.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

FINUCANE, Melissa L.; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul. The affect heuristic in judgments of risks and benefits. *Journal of Behavioral Decision Making*, v. 13, issue 1, p. 1-17, 2000. Disponível em: <http://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/negot.%20papers/FinAlhSlovicJohn_AffectHeur00.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

FISCHHOFF, Baruch; SLOVIC, Paul; LICHTENSTEIN. Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, v. 3, n. 4, p. 552-564, 1977. Disponível em: <<https://nuovoetile.it/wp-content/uploads/2014/10/Knowing-with-certainty.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2018.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel L. *Beyond reason: using emotions as you negotiate*. New York: Penguin Books, 2006.

FREITAS, Juarez. Hermenêutica e desvios cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, jan./jun. 2013.

FURNHAM, Adrian; BOO, Hua Chu. A literature review of the anchoring effect. *The Journal of Socio-Economics*, v. 40, p. 35-42, 2011. Disponível em:

<http://www.communicationcache.com/uploads/1/0/8/8/10887248/a_literature_review_of_the_anchoring_effect.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, UCB, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2010.

_____. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Tese. (Doutorado em Economia) - Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

GILOVICH, Thomas; SAVITSKY, Kenneth; MEDVEC, Victoria Husted. The spotlight effect in social judgment: an egocentric bias in estimates of the salience of one's own actions and appearance. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 78, n. 2, p. 211-222, 2000.

Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/3d2a/1c99395124bf9372e1493f314f6990a78473.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Juris*, n. 11, Rio Grande, p. 199-222, 2005, p. 199.

Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/juris/article/view/595/138>>.

Acesso em: 25 fev. 2018.

_____; _____. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>.

Acesso em: 6 out. 2018.

_____; _____. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Seqüência*, Florianópolis, n. 68, p. 261-290, jun. 2014, p. 264.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GREEN, Steven L. *Rational choice theory: an overview*. Prepared for the Baylor University Faculty Development Seminar on Rational Choice Theory, may 2002, p. 6. Disponível em: <https://business.baylor.edu/steve_green/green1.doc>. Acesso em: 11 fev. 2018.

GREENWALD, Anthony. The Totalitarian Ego: Fabrication an Revision of Personal History. *American Psychologist*, v. 35, n. 7, jul. 1980, p. 603-618. Disponível em: <<http://www3.psych.purdue.edu/~willia55/392F/Greenwald.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2018.

GUTHRIE, Chris. Framing frivolous litigation: a psychological theory. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclev>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

_____; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, v. 86, n. 4, p. 777-830, maio 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>>. Acesso em: 19 maio 2018.

HANSON, Jon D; KYSAR, Douglas A. Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation. *New York University Law Review*, v. 74, p. 630-749, 1999. Disponível em: <<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-74-3-Hanson-Kysar.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

HARBURY, Colin D. *An introduction to economic behaviour*. London: Fontana for Collins Sons & Co Ltd., 1971.

HAUSE, John C. Indemnity, settlement and litigation, or I'll be suing you. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 157-179, jan. 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3085646?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 18 fev. 2018.

HERBERT; Simon Alexander. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955. Disponível em: <<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. Punitive damages: how judges and juries perform. *Harvard Law and Economics*, Discussion Paper n. 362, p. 1-57, 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/362.pdf>. Acesso em: 9 maio 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____; LOVALLO, Dan. Timid choices and bold forecasts: a cognitive perspective on risk taking. *Management Science*, v. 39, n. 1, p. 17-31, jan. 1993. Disponível em: <<http://bear.warrington.ufl.edu/brenner/mar7588/Papers/kahneman-lovallo-mansci1993.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____; TVERSKY, Amos. Choices, values and frames. In: _____. _____. (Ed.). *Choices, values and frames*. New York: Russell Sage Foundation, 2000.

KOBAYASHI, Bruce H. The law and economics of litigation. *George Mason Law School and Economics Research Paper Series*, jun. 2015, p. 5. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2613145>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

KOROBKIN, Russel. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 21:2, p. 281-328, 2006, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n. 05-9. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=689261>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: an experimental approach. *Michigan Law Review*, v. 93, n. 107, p. 107-192, 1994/1995. Disponível em: <https://discoverarchive.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/5837/Psychological_Barriers_to_Litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____; _____. Psychology, economics and settlement: a new look at the role of the lawyer. *Texas Law Review*, v. 76, p. 78-141, 1997, p. 78-79. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10525> Acesso em: 26 fev. 2018.

LANDES, William M. An economic analysis of the Courts. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Org.). *Essays in the economics of crime and punishment*, p. 164-214, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 11, p. 2098-2109, 1979. Disponível em: <<https://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/jpsp-1979-Lord-Ross-Lepper.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

LOVELLS. *At what cost? A Lovells multi jurisdictional guide to litigation costs*. 2010. Disponível em: <<http://www.chrysostomides.com/assets/modules/chr/publications/16/docs/LitigationCostsReport.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise econômica do processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 391-403.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. *Teoria das organizações*. Tradução de Hugo Wahrluch. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

MARQUES JUNIOR, Liderau dos Santos; PÔRTO JUNIOR, Sabino da Silva. O método da teoria neoclássica – a economia neoclássica é uma teoria refutável? In: CORAZZA, Gentil (Org.). *Métodos da ciência econômica*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2003. p. 93-115.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MICELI, Thomas J. Legal change: selective litigation, judicial bias and precedent. *The Journal of Legal Studies*, v. 38, n. 1, p. 157-168, jan. 2009. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.1086/587439?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 4 mar. 2018.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998. Disponível em: <<http://pages.ucsd.edu/~mckenzie/nickersonConfirmationBias.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 97

O'GRADY, Catherine Cage. Cognitive optimism and professional pessimism in the large-firm practice of law: the optimistic associate. *Law & Psychology Review*, v. 30, p. 23-55, 2006. Disponível em: <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=93100902010012307108910609509600809809608401800606008512410402202410502408602608609605603312304802103411112709508809910307109512307606200041113093085031099076086123005012001093089091094116094094102068093095006127091109007004127072004026077113082081099&EXT=pdf>> Acesso em: 20 maio 2018.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118, 2013. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *Poderes e atribuições do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable illusions: how mistakes of reason rule our minds*. Tradução Massimo Piatelli-Palmarini e Keith Botsford. New York: John Wiley & Sons, 1994.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill, 1993.

POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. *Discussion Paper* n. 536, Harvard Law School, novembro 2005, p. 22. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/>. Acesso em: 12 fev. 2018.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL. *Demandas judiciais e morosidade da Justiça Civil – Relatório Final Ajustado*. Porto Alegre: PUCRS, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, março 2011.

POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, jun. 1973, p. 399-458. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058?seq=3#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Behavioral Law and Economics: a critique. *Economic Education Bulletin*, American Institute for Economic Research, Great Barrington, Massachusetts 01230, v. XLII, n. 8, aug. 2002. Disponível em: <<https://www.aier.org/sites/default/files/Files/Documents/Research/3731/EEB200208.pdf>>. Acesso em 7 out. 2018.

_____. *Economic analysis of law*. 9. ed. New York: Aspen Publishers, 2014, Kindle version, n.p.

PRADO, Eleutério F. S. A ortodoxia neoclássica. *Estudos Avançados*, 15 (41), 2001, p. 11. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/viewFile/9776/11348>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

PRIEST, George L; KLEIN, Benjamin. The selection of disputes for litigation. *Journal of Legal Studies*, v. XIII, jan. 1984, p. 4. Disponível em: <<https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reports/2006/R3032.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PURI, Manju; ROBINSON T., David. Optimism and economic choice. *Journal of Financial Economics*, v. 86, Issue 1, p. 71-99, oct. 2007, p. 71. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X07001122?via%3Dihub>. Acesso em: 28 fev. 2018.

QUATTRONE, George A.; TVERSKY, Amos. Contrasting rational and psychological analyses of political choice. In: KAHNEMAN Daniel; TVERSKY, Amos (Ed.). *Choices, values and frames*. New York: Russell Sage Foundation, 2000.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, losses and the psychology of litigation. *Cornell Law Faculty Publications*, Paper n. 795, p. 114-185, 1996. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1754&context=facpub>. Acesso em: 24 abril 2018.

RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 7, p. 231-246, 2010. Disponível em: <https://psyarxiv.com/8ju9v/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ROBBENNOLT, Jennifer K. Apologies and legal settlement: an empirical examination. *Michigan Law Review*, v. 102, issue 3, p. 461-516, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1735&context=mlr>. Acesso em: 10 jul. 2018.

ROBINSON, Peter. An empirical study of settlement conference nuts and bolts: settlement judges facilitating communication, compromise and fear. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n. 97, p. 97-149, 2012. Disponível em: <http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/97-150.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ROSS, Michael; SICOLY, Fiore. Egocentric biases in availability and attribution. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 3, p. 322-336, 1979. Disponível em: [https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322\(Ross\).pdf](https://web.archive.org/web/20160512201157/http://web.mit.edu/curhan/www/docs/Articles/biases/37_J_Personality_Social_Psychology_322(Ross).pdf). Acesso em: 19 maio 2018.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3. ed. New Jearsey: Pretice Hall/Pearson Education, 2010.

RYAN, Erin. The discourse beneath: emotional epistemology in legal deliberation and negotiation. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 231-285, 2005. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/a90d/cflbee4ef03c847756e966deb664be562a51.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVITSKY, Ken. Egocentric bias. In: BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D. (Ed.). *Encyclopedia of Social Psychology*. California: Sage Publications, 2007, v. 1.

SELIGMAN, Martin E. P. *Learned optimism: how to change your mind and your life*. New York: Vintage Books, 2006.

_____; VERKUIL, Paul R.; KANG, Terry H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, v. 10, n. 1, p. 49-66, 2005. Disponível em:

<<http://www.myassistplan.com/Content/LSUC/Articles/WhyLawyersareUnhappy.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

SHAPIRO, Daniel L. A negotiator's guide to emotion: four 'laws' to effective practice. *Dispute Resolution Magazine*, v. 7, n. 3, p. 3-8, 2001. Disponível em:

<<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/disput7&div=19&id=&page=>>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Colloquy: appreciating emotion in conflict processes. *Conflict Resolution Quaterly*, v. 20, n. 1, p. 67-82, 2002. Disponível em:

<https://www.gevim.co.il/wp-content/uploads/2014/01/nego_20emotions.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Teaching students how to use emotions as they negotiate. *Negotiation Journal*, p. 105-109, jan. 2006. Disponível em:

<https://www.beyond-reason.net/teaching/teaching_students.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SHAROT, Tali. The optimism bias. *Current Biology*, v. 21, Issue 23, p. R941-R945, dec. 2011. Disponível em:
<<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0960982211011912>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. *O viés otimista: por que somos programados para ver o mundo pelo lado positivo*. Tradução: Ana Beatriz Rodrigues. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2015.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1946/2004.

SILVA NETO, Orlando Celso. É possível a análise econômica do direito do consumidor? *Anais... Encontro Nacional do CONPEDI*, Aracaju, 2015, p. 372-400. Disponível:
<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2018.

SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior*. New York: The Macmillan Company, 1953.

_____. Teorías acerca de la adopción de decisiones en economía y la ciencia del comportamiento. In: _____ et al. (Org.). *Panoramas contemporáneos de la teoría económica: asignación de recursos*. Madrid: Alianza Universidad Editorial, 1970, v. III. p. 17-56.

_____. *Causalità, razionalità, organizzazione*. Tradução de Francesco Filippi. Bologna: Il Mulino, 1985.

SMITH, Vernon L. Rational choice: the contrast between economics and psychology. *The Journal of Political Economy*, v. 99, n. 4, p. 877-897, aug, 1991. Disponível em:
<<https://pdfs.semanticscholar.org/0495/d32e96325197776c8ee13d10d0efc1fae753.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The concept of rationality in eoclassical and behavioural economic theory. *Modern Applied Science*, Toronto, v. 9, n. 3, 2015, p. 2. Disponível em:
<<http://www.ccsenet.org/journal/index.php/mas/article/viewFile/40391/23368>>. Acesso em: 4 fev. 2018.

STAMER, Chris. Entendendo preferências: o que podemos aprender com a economia comportamental? In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. 1. ed. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. Disponível em: <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate? In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Org.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*. 14. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

TALEB; Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. Trad. Marcelo Schild. 3. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

TAYLOR, Shelley E; BROWN, Jonathon D. Illusion and well-being: a social psychological perspective on mental health. *Psychological Bulletin*, v. 103, n. 2, p. 193-210, 1988. Disponível em: <http://humancond.org/_media/papers/taylor_brown_88_illusion_and_well_being.pdf>. Acesso em: 21 maio 2018.

TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de direito e economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

THOMPSON, Leigh; LOEWENSTEIN, George. Egocentric interpretations of fairness and interpersonal conflict. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 51, p. 178, 1992. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d17f/f57eb900519a23220242f5cd8bff4307bc0.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2018.

TREVELYAN, Rose. Optimism, overconfidence and entrepreneurial activity. *Management Decision*, v. 46, n. 7, p. 986-1001, 2008.

Disponível em:

<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=665084071084095105081083089069094074057022040093022044117126127105125089093082065074107049044100122125039009075006123094116024026027063013080121090088070123111113018062067092076125084066017071110122067116025084001086117019112004068121078126022125000&EXT=pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. São Paulo: Ed. da USP, 1998.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: a heuristic for judging frequency and probability. *Cognitive Psychology*, n. 5, p. 207-232, 1973. Disponível em: <<https://msu.edu/~ema/803/Ch11-JDM/2/TverskyKahneman73.pdf>>. Acesso em: 1º abr. 2018.

_____; _____. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____; _____. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, CT, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979. Disponível em: <<https://www.uzh.ch/cmsssl/suz/dam/jcr:00000000-64a0-5b1c-0000-00003b7ec704/10.05-kahneman-tversky-79.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____; _____. Advances in prospect theory: cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and Uncertainty*, n. 5, p. 297-323, 1992. Disponível em: <http://cemi.ehess.fr/docannexe/file/2780/tversky_kahneman_advances.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

ULEN, Thomas S. Rational choice theory in law and economics. *Encyclopedia of Law & Economics*, 0710, p. 790-818, 1999. Disponível em: <<http://reference.findlaw.com/lawandconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero (Coord.). *Proceso civil y ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 230.

Disponível em:

<<https://www.scribd.com/document/366408847/Imparcialidad-Judicial-Sistema-Inquisitivo-Juzgamiento>. Acesso em: 10 set. 2018.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? Tradução: Decio Zylbersztajn. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-59.

WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J. How lawyers' intuitions prolong litigation. *Cornell Law Faculty Publications*, v. 86, Paper n. 602, p. 101-166, 2013. Disponível em:

<<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2027&context=facpub>>. Acesso em: 23 set. 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018.

WOLFF, Richard D.; RESNICK, Stephen A. *Contending economic theories: neoclassical, keynesian and marxian*. London: MIT Press, 2012.

ZAJONC, Robert Boleslaw. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, n. 2, p. 151-175, 1980.

Disponível em:

<<http://tetrain.info/download/Robert%20Zajonc%20Preference%20need%20no%20Inference.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.