

## **A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO FERRAMENTA QUE PODE LEVAR ÀS MELHORES SOLUÇÕES NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE MEDIAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.**

*The architecture of choice as a tool that can lead to the best solutions in the of conflicts resolution in the public administration: between mediation and adjudication*

### **Cristiane Santana Guimarães**

Procuradora do Estado da Bahia, atuando na área fiscal, vice-presidente da Associação de Procuradores do Estado da Bahia e superintendente da Câmara de Mediação e Arbitragem da APEB – CAMAPEB. Graduada em Direito e História pela UFBA e em Administração Pública pela UNEB. Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas pela UNIFACS. Mediadora e pesquisadora em mediação na Administração Pública, tendo recebido o Prêmio Diogo de Figueiredo *l'áurea* atribuída pelo artigo “O conflito na Administração Pública pode ser mediado? Uma proposta de giro: da cultura da sentença à cultura da pacificação”.

### **José Euclimar Xavier de Menezes**

Graduado em Filosofia e Teologia. Especialização Lato Sensu, Mestrado e Doutorado em Filosofia Contemporânea/UNICAMP. Pós Doutorado em Filosofia Contemporânea na Pontifícia Università Lateranensi/Roma. Instituições em que atuou: PUC.SP, Faculdade Ruy Barbosa, Faculdade Santíssimo Sacramento e na UCSal (Programa de Stricto Sensu, onde também fui Pró Reitor de Pesquisa e Pós Graduação entre 2013 a 2015). Está vinculado à Faculdade Social da Bahia no curso de Psicologia; Coordena o PIBIC e é Editor da Revista Diálogos Possíveis (Webqualis). Lidera o grupo de pesquisa Políticas e epistemes da cidadania/CNPq/Unifacs. Integra o corpo de pesquisadores do Instituto Jurídico Portucalense, IJP/Universidade Portucalense/Porto/Portugal. Coordena o Programa de Pós Doutorado criado pelo convênio celebrado entre Universidade Salvador/Bahia/Brasil/UNIFACS e Universidade Portucalense/Porto/Portugal/UPT.

### **Resumo**

Este artigo se propõe a estudar os fatores que levam à adoção de meios adjudicatórios em detrimento da mediação na solução de conflitos em geral e como ocorre a escolha da melhor alternativa de solução de conflitos na administração pública. Com apoio no referencial teórico da economia comportamental que analisa a irracionalidade do comportamento humano baseado nos vieses cognitivos, os quais conduzem a decisões subótimas, na pesquisa bibliográfica e no estudo de casos, aqui é utilizado o método dedutivo, que pretende analisar em que medida os estímulos de comportamento adotados pelo Estado, mediante uma política pública, pode contribuir para melhorar a conduta individual e coletiva na escolha da mediação de seus conflitos.

**Palavras-Chave:** Paternalismo. Libertário. Mediação. Arquitetura. Escolha.

## Abstract

This article proposes to study the factors that lead to the adoption of adjudicatory means to the detriment of mediation in the solution of conflicts in general and how the choice of the best alternative of conflict resolution in the public administration occurs. With support in the theoretical framework of behavioral economics that analyzes the irrationality of human behavior based on cognitive biases, which lead to sub-optimal decisions, bibliographic research and case studies, using the deductive method, intends to analyze to what extent the behavioral stimuli adopted by the State through a public policy can contribute to improve the individual and collective conduct in the choice of mediation of their conflict.

**Keywords:** Paternalism. Libertarian. Mediation. Architecture. Choice.

## Sumário

1. Introdução; 2. Paternalistas, libertários e paternalistas libertários; 3. Porque as partes em disputa necessitam de um estímulo por meio da arquitetura de escolha?; 4. Mediação como método de resolução de disputas padrão; 5. O estímulo certo: uma alteração no método de resolução de disputa padrão; 6. Casos reais nos quais as partes fizeram a opção informadas no comportamento; 7. Conclusão; 8. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

A mediação tem provado ser superior à judicialização em casos de sua adequação e, mesmo assim as pessoas preferem esta última em detrimento da primeira, conforme estudos dos pesquisadores Daniel Watkins, Cass Sustein e Richard Thaler referenciados neste trabalho.

Não é tarefa simples identificar a origem desta predileção, e contudo é de conhecimento público e notório que por séculos, desde a o bacharelismo do século XIX<sup>1</sup>, como sustenta Vera Cury.

*Como consequência, o período entre nós foi marcado por uma cultura jurídica formalista, retórica, individualista e jurídicista e foi nesta junção do individualismo político do formalismo legalista que se moldou, ideologicamente, o principal perfil da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.*

Deste modo, estrutura jurídica firmou-se na sociedade brasileira pela cultura do litígio, com profissionais aptos a movimentar a máquina do judiciário diante de demandas postas por sua clientela sem a oferta de soluções simples e conciliatórias para solução do conflito. Aliado a isto, notemos que a Fazenda Pública sempre utilizou-se dos incontáveis recursos jurídicos para protelar o momento da entrega do quanto determinado na tutela jurisdicional. A justiça gratuita presente nos juizados também pode ser considerada um fator de incremento, em razão da facilidade em que se toma a decisão pela judicialização de questões, as quais em outros países, é rotineiramente resolvida pela negociação, conciliação ou mediação.

Nas últimas décadas, especialmente a partir de 2010, tratou o sistema jurídico atual de fomentar novos modelos de resolução de conflitos para acompanhar as mudanças sociais que velozmente criam novas formas de negócios, em função da tecnologia e da economia compartilhada, que por sua vez, geram conflitos não solucionáveis através do modelo arcaico do sistema de justiça então vigente, produzindo mais insatisfação social e conflitos Inter geracionais. Esse influxo também foi constatado nos Estados Unidos na década de 70, tendo como solução a criação da teoria de um novo sistema de justiça *multidoors* em 1976, preconizado por Peter Sanders.

Nessa toada, em 1996 foi sancionada a Lei de Arbitragem (9.307), em 2010 a Resolução 125 do CNJ, e em 2015 o Novo Código de Processo Civil (13.105) e Lei de Mediação

(13.140), legislações que parametrizam comportamentos, orientadas à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, com o destaque para esta última Lei de Mediação que trouxe capítulo específico para regular a auto composição na administração pública, bem como a alteração da Lei de Arbitragem (13.129/2015) que, de igual modo, passou a disciplinar a aplicação do meio heterocompositivo na esfera pública.

Assim, indagamos: com todo o aparato normativo acima indicado, resignificado para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente no que tange às controvérsias da administração pública, o que mais impede a administração pública dar o giro necessário para a melhor governança dos conflitos por ela ou em sua função gerados? Por que os seus agentes geram, cotidianamente, na relação com os particulares, controvérsias que, em geral, são judicializadas?

Kahneman e Twersky<sup>2</sup>, em estudos da economia comportamental asseguram ser uma tendência de confiar em heurísticas e vieses cognitivos no processo de decisão, de modo a criar atalhos de menor esforço. Segundo esta teoria o homem é conduzido por dois sistemas de pensamento. O primeiro de avaliação básica, intuitiva e o segundo reflexivo, portanto mais demorado. Por óbvio, o cérebro lançará mão do sistema automático para as tomadas de decisão que se processa em segundos, rotineiramente.

Segundo os autores, o processo de pensamento estará submetido a alguns “vieses cognitivos”, a inércia, a procrastinação, o enquadramento (*framing*) da informação, a influência das normas sociais e a disponibilidade.

Tomando como ponto de partida esses vieses, a economia comportamental afasta a aplicação dos paradigmas clássicos da economia aplicada ao direito, a exemplo da racionalidade plena, porquanto tem como certa que as decisões humanas não decorrem dos princípios de oferta e demanda ou de custo benefício apenas, de modo que se põe em questão sobre o fato de que um cidadão em controvérsia com o Estado, mesmo tendo à sua mão informações sobre o valor e a utilidade da mediação para solução de seu problema, por falhas cognitivas derivadas de heurística ou de vieses comportamentais, opte pela judicialização.

Assim, mesmo tendo à mão as facilidades estruturais para negociação direta, conciliação e mediação, apesar de possuir a informação do custo benefício do método mais barato e rápido de solução de conflitos, é contumaz na preferência à porta do judiciário.

Para enfrentar a complexidade do debate, o trabalho busca justificativa no aparato teórico da economia comportamental, balizando-se nas obras de Sustain e Thaler<sup>3</sup>, que propõem a teoria do paternalismo libertário como estímulos comportamentais voltados a arquitetura da escolha. Nos casos concretos apresentados, a presença no cenário jurídico das mencionadas legislações autorizativas da mediação na administração pública indicam carecer de mais regulação que definam designs dentro dos quais o mediando possa ter sua situação subsumida naquela arquitetura, de modo a reduzir o contraste como ocorreu nas situações apresentadas, um onde o estímulo comportamental foi exercido para contemplar a mediação finalizada em acordo entre as partes e, outro, em que, embora com todas as informações postas e favoráveis a resolução de seu problema com cerca de 90% de benefícios seus, a medianda, ainda assim, preferiu judicializar.

## 2. PATERNALISTAS, LIBERTÁRIOS E PATERNALISTAS LIBERTÁRIOS

Os debates sobre políticas tendem a ser estruturalmente semelhantes. Quer o tópico seja cuidados de saúde, a regulação dos mercados financeiros ou a resolução de disputas fornecida pelo governo, duas filosofias opostas aparecem consistentemente: o paternalismo e o libertarianismo.

Os Paternalistas<sup>4</sup> argumentam que parte do papel do governo é obrigar as pessoas a se comportarem de maneira ideal. O governo, segundo os paternalistas, está na melhor posição para determinar quais ações individuais são melhores para a comunidade como um todo - particularmente em áreas como resolução de disputas, onde o governo já desempenha um papel integral. Os paternalistas, portanto, tenderiam a se sentir confortáveis com os programas de mediação obrigatória convertendo um processo voluntário, ideal, em um processo compulsório.

Esse argumento é balizado por Claire Hill<sup>5</sup>,

Anti-paternalistas sinalizam que não há uma razão a priori, a partir de uma perspectiva libertária, para privilegiarem o futuro sobre o eu presente. Anti-antipaternalistas poderiam responder que se engajar em atividades agora que irá limitar as opções mais tarde efetivamente limitam a autonomia. Mas esse argumento pressupõe, sem justificativa, que a autonomia é medida pelo futuro, ao invés de presente. Infere-se disto que, a autonomia consiste importante da capacidade física e mental para fazer escolhas em um determinado ponto no tempo. E o arrependimento? O arrependimento pode parecer dar um argumento para privilegiar o futuro. Mas como podemos saber se o que se sente como arrependimento não é tanto um “erro” como o que levou à ação a ser arrependida? Arrependimento também poderia ser sentimento barato: Eu quero pensar que eu não sou um hedonista de todo o coração-que eu tenho algum respeito pela minha saúde-mesmo que ontem eu tenha comido muito queijo e não tenha ido à academia.

O contra-ponto ao “anti,antipaternalismo” vem de Watkins<sup>6</sup> quando diz que,

Para os fãs de mediação, a vantagem do sistema obrigatório é óbvia: as partes mediam com mais frequência. No entanto, esta prática vem com pelo menos três custos substanciais. Em primeiro lugar, quando a mediação é vista como parte e parcela do processo de litígio, como a mediação obrigatória é muitas vezes vista, as partes e mediadores tendem a se concentrar desnecessariamente em questões jurídicas. Este aspecto fulmina a oportunidade das partes em chegar a processos criativos extralegais de resoluções. Em segundo lugar, muitas vezes os juizes servem como mediadores nestas sessões obrigatórias apenas para julgar o mesmo caso, se as partes não chegarem a um acordo. Este duplo papel apresenta sérios problemas de imparcialidade, pois o mediador/juiz e as partes litigantes sofrerão uma confusão de papéis tanto nas etapas de mediação como de adjudicação. E, finalmente, há a questão mais ampla de saber se a mediação obrigatória é um oxímoro. Alguns argumentam que porque a autodeterminação está no cerne da mediação, a participação obrigatória é perversa e pode traduzir-se em pressão indevida para resolução do conflito.

Por seu turno, os Libertários<sup>7</sup> argumentam que os mandatos do governo não podem produzir resultados ótimos. Como o governo opera fora do mercado, suas decisões políticas nunca podem alcançar a eficiência, a flexibilidade e a inovação que o mercado produz. Segue-se que, como o livre mercado depende basicamente de uma escolha individual irrestrita, os serviços governamentais, incluindo resolução de disputas, ser tão limitado quanto possível e inteiramente não obrigatório.

O sistema anglo-americano do adjudicação vestem-se de brandos libertários.

Os advogados privados fazem a maior parte do trabalho e o sistema só impõe um seleto grupo normas. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes litigantes, eles são livres para selecionar algum outro método de resolução privada.<sup>8</sup>

O sistema de julgamento atual, portanto, atende bem aos libertários. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes em disputa, elas estão livres para selecionar algum outro método privado de resolução de disputas. Em seus estudos, Thaler e Sunstein argumentam que as posições libertárias e paternalistas são falhas porque ambas se baseiam em falsas suposições sobre o comportamento humano.

A maior parte da teoria econômica do século XX, segundo Thaler e Sunstein, supunha a compreensão do homem a partir da dimensão econômica, cunhado pelos especialistas como *homo economicus*. Um *homo economicus*, ou *Econ*, é um indivíduo com extraordinária inteligência e força de vontade: “*pode pensar como Albert Einstein, armazenar tanta memória quanto o Big Blue da IBM e exercitar a força de vontade de Mahatma Gandhi*”. De formas diferentes, o libertarianismo e o paternalismo dependem da ideia de que fabricantes são Econs. Libertários acreditam que os agentes do mercado são Econs, enquanto os paternalistas acreditam que os reguladores do governo são Econs.

Mas o campo da economia comportamental revela que vivemos em um mundo não de Econs, mas de *homo sapiens*, segundo Watkins, Thaler e Sunstein<sup>9</sup> Enquanto Econs são maximizadores de utilidade racional que tomam decisões ótimas sempre que lhes são apresentadas informações perfeitas, os Humanos são humanos. Devido a vieses irracionais e erros cognitivos, eles previsivelmente deixam de fazer escolhas ótimas mesmo quando têm todos os fatos.

Armado com essa percepção, Thaler e Sunstein desafiam a narrativa libertária. Como o mercado livre é composto por seres humanos, não por Econs, não devemos sustentar o mercado como uma fonte última de eficiência. Pelo contrário, dada a irracionalidade previsível dos seres humanos, devemos esperar falhas de mercado sempre que os seres humanos sofrerem de preconceitos ou erros ao fazer escolhas de livre mercado. No interesse da otimização, o governo deve intervir no mercado para ajudar os seres humanos a eliminar esses vieses e erros, a fim de fazerem melhores escolhas.

Mas Thaler e Sunstein também discordam do paternalismo. Os autores afirmam, corretamente, que o governo deve ter um papel na criação do comportamento ideal. Mas o que os paternalistas não reconhecem é que o governo é composto de humanos, não de Econs. Como todas as políticas governamentais são construídas pelos seres humanos, todas as políticas governamentais estão sujeitas a desvios irracionais distorcidos e erros cognitivos mantidos pelos seres humanos que, por acaso, são formuladores de políticas.

Em suma, a crítica de Thaler e Sunstein ao libertarianismo e ao paternalismo leva a seguinte conclusão: os seres humanos sofrem de preconceitos irracionais ou erros cognitivos, o governo deve intervir para corrigir esses preconceitos e erros, a fim de criar um comportamento mais ideal. Mas o governo deve intervir de tal maneira que os preconceitos irracionais e os erros cognitivos dos seres humanos no mercado não sejam simplesmente substituídos pelos vieses irracionais e erros cognitivos dos seres humanos no governo.



Como os formuladores de políticas podem alcançar este objetivo aparentemente impossível?

Em Nudge<sup>10</sup> os autores introduzem um conceito que, paradoxalmente, denominam “paternalismo libertário”. A ideia é simples: é possível respeitar os valores libertários de livre escolha ao implementar medidas que ajudem paternalmente as pessoas a tomar melhores decisões. O paternalismo libertário é libertário na medida em que preserva o poder do indivíduo de escolher. Mas é paternalista porque permite ao governo orientar as pessoas para decisões “melhores”. Para realizar este terceiro caminho, o paternalismo libertário “estimula” os tomadores de decisão em direção a escolhas ótimas, alterando o contexto no qual eles encontram opções - a “arquitetura de escolha”.

O paternalismo libertário expressa-se exclusivamente por meio de alterações na arquitetura de escolha. A arquitetura de escolha adequada facilita a tomada de decisões corretas. Um formulador de políticas paternalista libertário primeiro pergunta o que determinado Humano ou grupo de Humanos quer, mas é incapaz de obter. Dependendo do contexto, pode haver economias suficientes para se aposentar, uma figura mais magra ou uma solução pacífica para uma disputa problemática. Essa resposta é considerada o melhor resultado - o objetivo. O formulador de políticas determina então quais vieses irracionais e / ou erros cognitivos fazem com que o Humano faça escolhas que não atinjam o objetivo ideal declarado.

Finalmente, o formulador de políticas altera a arquitetura de escolha na qual o Humano encontra as opções, a fim de facilitar a escolha da escolha ideal à luz dos vieses e erros do Humano. O resultado é que o Humano mantém sua autonomia decisória, mas agora tem uma chance significativamente melhor de alcançar seus próprios objetivos graças ao estímulo comportamental fornecida pela arquitetura de escolha alterada. O fato de o Humano reter sua capacidade de escolher livremente reduz o risco de que os próprios vieses irracionais e erros cognitivos do criador de políticas coloquem o Humano em um sistema subótimo.

### **3. POR QUE AS PARTES EM DISPUTA NECESSITAM DE UM ESTÍMULO POR MEIO DA ARQUITETURA DE ESCOLHA?**

Mesmo quando os tomadores de decisão têm informações perfeitas, asseguram Thaler e Sunstein, os vieses irracionais e erros cognitivos levam a decisões abaixo do ideal, à luz da literatura econômica comportamental e a teoria da escolha.

Vieses irracionais e erros cognitivos em relação aos métodos de resolução de disputas a empregar ajuda a explicar como a mediação pode ser ao mesmo tempo, louvada, bem divulgada e ainda, assim, subutilizada. Os Humanos provavelmente sofrem do viés de disponibilidade irracional, do viés do status quo e de um erro cognitivo de excesso de confiança quando eles decidem entre mediação e adjudicação. Esses vieses e erros significam que a participação na mediação não pode aumentar somente através da disseminação de informações sobre os benefícios da mediação – mesmo a informação estando perfeita nem sempre pode superar vieses irracionais e erros cognitivos. Esses vieses e erros distorcivos podem ser mitigados ou mesmo remediados por meio de uma alteração na arquitetura de escolha em torno da decisão de mediar ou julgar.

Quando os seres humanos encontram uma idéia repetidas vezes, tendem a atribuir uma importância irracional a essa ideia em seus processos de tomada de decisão. Esse fenômeno é chamado de “viés de disponibilidade”. Para ilustrar, Thaler e Sunstein<sup>11</sup> apontam para o primeiros dias de viagens aéreas comerciais quando os corretores vendiam apólices de seguro de vida nos aeroportos. Naquela época, os viajantes sofriam de um viés de extrema disponibilidade causado por notícias de acidentes de avião - eles estavam muito mais familiarizados com a idéia de desastres aéreos do que com os idéia de não-desastres de avião. Enquanto uma pessoa Econ calcularia suas chances de morte dividindo o número de acidentes de avião que viu no noticiário no ano passado por uma quantidade estimada de vôos bem sucedidos durante o mesmo período e considerou o seguro de vida em vôos uma compra extremamente abaixo do ideal, um Humano concluindo que os acidentes aéreos acontecem com frequência e, dado isto, compram as apólices.

Os humanos provavelmente sofrem de um viés de disponibilidade ao decidir mediar ou litigar. Eles estão muito mais conscientes dos métodos de resolução baseados em direitos, como adjudicação do que métodos de resolução baseados em interesses, como mediação. Dramas de televisão, programas de notícias e até mesmo anúncios elevam a judicialização ou o método adjudicado. Resoluções consensuais que preservam relacionamentos, distribuem recursos eficientemente ou satisfazem necessidades emocionais subjacentes não são nem públicas, nem tão atrativas.

O viés de disponibilidade distorce a capacidade do ser humano de tomar uma decisão ideal ao escolher entre mediação e adjudicação. Isso é particularmente verdadeiro quando um Humano decide se deve buscar a mediação em um contexto anexo ao tribunal. As partes interessadas sentem-se mais familiarizadas com o processo de adjudicação porque ao longo das décadas este modelo foi introjetado, através dos meios de comunicação e, portanto, estarão menos propensas a participar de um processo novo e relativamente desconhecido, independentemente de receberem ou não boas informações sobre os benefícios potenciais da mediação. Veja como exemplo os primeiros viajantes aéreos que escolheram irracionalmente se segurar contra um evento extremamente improvável, as partes em disputa escolhem o julgamento sobre a mediação simplesmente porque a adjudicação é culturalmente difundida.

Segundo Kahneman, estudantes de políticas públicas observaram que a heurística da disponibilidade ajuda a explicar porque questões são muito proeminentes na mente do público, enquanto outras são negligenciadas. As pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória – e isso é amplamente determinado pela extensão da cobertura da mídia. Tópicos mencionados com frequência ocupam a mente, mesmo quando outros fogem à consciência. Por sua vez, o que a mídia decidiu cobrir corresponde à opinião que eles têm sobre o que se passa na cabeça do público.<sup>12</sup>

Outro viés demonstrado em “Nudge” é o do *status quo*. Os humanos se opõem à mudança. Ao decidir entre um padrão e uma alternativa, os humanos tendem a escolher a opção padrão. Mesmo quando armados com informações perfeitas que mostram uma alternativa para ser melhor que um padrão, os humanos muitas vezes selecionam o padrão

por causa desse viés irracional. Como prova desse fenômeno, chamado de “viés do *status quo*”, Thaler e Sunstein apontam para a quantidade extraordinária de planejamento que os executivos de televisão colocam para determinar a ordem na qual os programas são transmitidos. Como esses executivos entendem o viés do *status quo*, eles sabem que às 20hs, o público do programa continuará a assistir irracionalmente ao canal até as nove da noite, em vez de explorar alternativas em outras estações. O sucesso do programa das 21 da noite depende, portanto, do sucesso do programa das 20h. O que torna a decisão de continuar assistindo o mesmo canal às 21 da noite é o pequeno custo de explorar alternativas. Tudo o que é necessário para investigar conteúdo alternativo, talvez superior, em outros canais é pressionar um botão no controle remoto ou consultar um horário de televisão. Enquanto um *Econ* calcularia rapidamente que a possibilidade de um programa melhor justifica este custo minúsculo, um Humano assiste às 21 da noite. O Humano irracionalmente favorece a opção que não requer mudanças.

Os seres humanos estão provavelmente sujeitos ao viés do *status quo* quando decidem entre mediação e adjudicação. Nos Estados Unidos, a adjudicação é o processo padrão de resolução de disputas. Afinal, a maior parte do mundo conhece a mediação como um método alternativo de resolução de disputas. Assim, os seres humanos automaticamente e irracionalmente escolhem o julgamento sobre a mediação.

Um terceiro viés trazido pelos autores Thaler e Sunstein é o de que os seres humanos tendem a ser excessivamente confiantes<sup>13</sup> sobre suas chances de sucesso. Eles acreditam que suas chances pessoais são melhores do que aquelas situadas de maneira semelhante no lado oposto. Por exemplo, Thaler e Sunstein destacam um estudo de empreendedores que foram solicitados a avaliar sua probabilidade de sucesso. A maioria respondeu que sua chance de sucesso era de 90%, mas que outros empreendimentos em circunstâncias semelhantes representavam apenas 50% de probabilidade de sucesso.

Esse fenômeno está bem documentado na literatura de resolução de disputas. Tanto os demandantes quanto os réus optam rotineiramente por julgar por causa do otimismo irrealista sobre suas chances de ganhar. Essas decisões subótimas para julgar muitas vezes levam a perdas espetaculares para Humanos excessivamente confiantes. O problema do excesso de confiança é tão prevalente que, na mediação anexa ao tribunal nos Estados Unidos, os mediadores gastam um tempo extraordinário esclarecendo às partes em disputa para ter certeza de que entendem que tipo de coisas o juiz exigirá para decidir a seu favor.

Essa confiança errônea provavelmente torna difícil para um Humano selecionar um método adequado de resolução de disputas. A fim de induzir as partes em conflito a selecionar a mediação sobre a adjudicação, um advogado na mediação deve fornecer evidências de que a mediação não é apenas melhor do que a adjudicação na realidade, mas melhor do que adjudicação no mundo de fantasia otimista do qual as partes obtêm suas expectativas de sucesso. Assim, fornecer à parte confiante demais informações perfeitas sobre os benefícios e desvantagens de vários procedimentos de resolução de disputas não pode induzi-la a tomar uma decisão ideal. O humano superconfiante precisa de mais do que informação perfeita para fazer uma boa escolha.



## 4. MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PADRÃO

Como apresentado acima, a decisão entre mediação e adjudicação<sup>14</sup> é provavelmente distorcida por vieses irracionais e erros cognitivos. Essas distorções significam que a decisão está madura para um ajuste na arquitetura de escolha, a fim de obter resultados mais otimizados. Nudge, Thaler e Sunstein apresentam uma série de alterações na arquitetura de escolha, visando a otimização nas decisões.

Este item considera a adequação de alguns ajustes de arquitetura de escolha e revela que compensar os preconceitos e erros envolvidos na decisão de mediar ou julgar é bastante espinhoso para concluir que uma mudança no método de resolução de disputa padrão é o melhor ajuste para produzir decisões ótimas pelas partes em conflito.

Os estímulos potenciais para opção entre mediação e adjudicação seriam aqueles nos quais a pessoa percebe que há um erro de expectativa ou permite um mapeamento a priori. No primeiro caso, os sistemas de decisão devem ser projetados para esperar esse erro e alertar os humanos sobre o erro o mais rápido possível. É o que ocorre com a mensagem “aperte o cinto” que os carros dão aos motoristas quando eles falham irracionalmente, por terem tomado a decisão sub-ótima de não colocar o seu cinto. Ou as mensagens “olhe para a direita” pintadas na rua em todos os principais cruzamentos de Londres para ajudar os turistas a evitarem ser atingidos pela direita enquanto erroneamente procuram o tráfego que se aproxima à sua esquerda. Ambos são exemplos de sutis estímulos a alteração de suas decisões e permitem aos humanos a superar suas próprias irracionalidades e erros imediatamente após tomarem uma decisão subótima com base nessas irracionalidades e erros.

Um estímulo similar de “erro de expectativa” na decisão entre mediação e adjudicação provavelmente seria ineficaz. O estímulo pode se manifestar como uma advertência depois que uma queixa é apresentada informando às partes que a adjudicação é freqüentemente uma má escolha e que eles devem considerar a mediação. Mas o sucesso de apertar o cinto de segurança e as passadas de “esperar erros” na faixa de pedestres de Londres depende de um humano perceber imediatamente que sua decisão foi abaixo do ideal. Devido ao erro de excesso de confiança em particular, as partes em conflito demoram a admitir que sua decisão em optar pela via judicial foi a errada. Uma mensagem de “erro de expectativa” no contexto de resolução de disputas, portanto, falharia em aumentar o uso ideal da mediação.

A arquitetura de boa escolha permite, ainda, que os seres humanos “mapeiem” a conexão entre uma escolha particular e seu bem-estar após essa escolha. Nas sorveterias a variedade de sabores é muitas vezes espantosa. Como alguém pode saber se o sabor A é melhor que o sabor B? Para ajudar a resolver esse problema, muitas sorveterias permitem que os clientes experimentem sabores, uma degustação, antes da compra para melhor “mapear” a relação entre sua escolha de sabor e seu bem-estar após essa escolha.

Não existe uma possibilidade óbvia de “mapeamento” para decisões de resolução de disputas. Em contraste com a amostra grátis na sorveteria, nenhum programa pode dar às partes em disputa um sabor realista do processo de adjudicação. Mesmo os esforços direcionados à educação sobre o funcionamento do sistema legal não podem replicar os

riscos, as emoções e a pressão envolvidos na adjudicação real. E quando as partes entram no processo, sair não é fácil. Somente *players* contumazes no sistema de adjudicação são capazes de mapear a relação entre sua escolha para julgar e seu eventual bem-estar. Não há como prover as partes em conflito com um sabor realista do processo de adjudicação, portanto um ajuste na arquitetura de escolhas através do mapeamento é inviável.

## 5. O ESTÍMULO CERTO: UMA ALTERAÇÃO NO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA PADRÃO

Para certos tipos de conflitos, a mediação deve substituir a adjudicação como o processo padrão de resolução de disputas como é oferecido pelo sistema de cortes nos EUA.<sup>15</sup>

Para julgar, uma parte teria que recusar o processo de mediação. Esta é simplesmente uma versão reversa do esquema padrão de adjudicação atualmente em vigor. Das diferenças que Thaler e Sunstein discutem em *Nudge*, uma mudança no processo de resolução de disputa padrão é a alteração da arquitetura de escolha com maior probabilidade de produzir decisões ótimas entre as partes em conflito. Especificamente, essa inovação atenuará o viés de disponibilidade, o viés de *status quo* e o erro de excesso de confiança que provavelmente levam a decisões abaixo do ideal para julgar em vez de mediar.

Os padrões são poderosos. Por causa do difundido e irracional viés do *status quo*, os Humanos selecionam padrões não necessariamente porque são ótimos, mas porque não requerem um ato afirmativo. Assim, quando uma alternativa se torna um padrão, os Humanos automaticamente se comportam de maneira diferente. Para ilustrar, Thaler e Sunstein examinam um estudo de 2003 sobre doação de órgãos<sup>16</sup>. Os participantes foram convidados a imaginar que eles se mudaram recentemente para um novo estado. O primeiro grupo foi informado de que a lei estadual exigia que os residentes optassem por se tornarem doadores de órgãos. 42% optaram por se tornarem doadores de órgãos. O segundo grupo foi informado de que a lei estadual presumia que os residentes consentissem na doação de órgãos, a menos que eles optassem por sair do Estado. Surpreendentemente, 82% tornaram-se doadores de órgãos ao recusar a exclusão. Em ambos os cenários, tudo o que era necessário para aceitar ou recusar era o clique de um mouse de computador.

Uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito. Primeiro, conforme observado, quando a mediação se torna a escolha padrão, o viés do *status quo* funcionará a seu favor. As partes em conflito vão, sem pensar, mas otimamente, selecionar a mediação sobre a adjudicação simplesmente porque isso não exigirá um passo afirmativo. Em segundo lugar, a mediação como padrão atenuará o viés de disponibilidade à medida que as partes se familiarizam com a ideia de ir à mediação, em vez de judicializar. Em terceiro lugar, a mediação mitigará os efeitos do erro de excesso de confiança, pois orientará as partes para longe da adjudicação baseada em direitos e para a mediação baseada em interesses. As partes litigantes terão menos probabilidade de se engajar em cálculos errôneos sobre suas chances de sucesso na adjudicação se não considerarem a adjudicação como a principal arena para a resolução de disputas.

Os sistemas judiciais devem fornecer mediação como padrão de resolução de dis-

putas para as partes mais afetadas por vieses e erros de decisão. Como demonstrado no exemplo de mapeamento supra, demandantes contumazes, como advogados especialistas, são mais capazes de mapear a relação entre a seleção de um determinado método de resolução de disputas e bem-estar final, a fim de superar vieses e erros. Por outro lado, as partes profissionais muitas vezes têm pouca capacidade de prever se a escolha do método de resolução de disputas atenderá às suas necessidades. Os casos de duplo lucro, portanto, parecem ser os mais maduros para um regime de mediação-como-padrão.

Este não é um movimento sem custos. Se a mediação substituir a adjudicação como um padrão de resolução de disputas para determinados casos, mudanças significativas serão necessárias no sistema judicial. Os tribunais precisarão de mais mediadores e mais espaço para as sessões. Mas também devemos ter em mente os custos inerentes em deixar a adjudicação como o método padrão de resolução de disputas. Como Thaler e Sunstein apontam, é impossível para o governo evitar a estruturação da escolha. A questão é se vamos impor os resultados abaixo do ideal da arquitetura de baixa escolha nos seres humanos individuais ou se nós, como sociedade, absorveremos os custos incidentais de estimular os seres humanos para decisões ótimas através de arquitetura de escolha mais cara.

## **6. CASOS REAIS NOS QUAIS AS PARTES FIZERAM A OPÇÃO INFORMADAS NO COMPORTAMENTO**

Como uma das vias que oportunizam o estímulo para autocomposição de conflitos (art. 3º do CPC) em processo já judicializados nos Sistemas de Juizados, portanto de menor complexidade jurídica, a Procuradoria-Geral do Estado da Bahia tem apoiado, desde 2016, em fase de laboratório, a realiação de Mediações na área fiscal, especialmente no que tange conflitos decorrentes de lançamentos de ITCMD e o IPVA.

Os casos aqui apresentados foram judicializados nos Juizados de Fazenda Pública de Salvador. Em tentativas de mediação pós ajuizamento para redução dos custos dos serviços jurídicos, além da real solução do conflito sem a interferência do juízo, os Autores das demandas aqui denominados Juliet e Jack foram convidados a mediar na Representação Fiscal da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia. A narrativa dos casos será acompanhada das soluções apresentadas, inferindo-se os vieses comportamentais e o estímulo dado pela nova arquitetura preordenada por reiteradas decisões judiciais, bem como a necessidade de resolução de conflito padrão da mediação para os casos.

Janet teve seu veículo clonado em 2013 e em razão disso teve imputada contra si notificações de trânsito e pontuações em sua carteira. Em julho de 2017 recebeu autorização do órgão de trânsito para troca de placa. Em dezembro do mesmo ano passou a ter novos problemas com notificações, inclusive em uma das autuações o carro novamente clonado foi detido com o condutor Antonio da Silva, porém liberado. Requer em juízo que liminarmente lhe seja liberado o pagamento do IPVA e Licenciamento anual do seu veículo sem as multas; seja novamente determinada a troca de placa; sejam os réus (Estado, Detran e Antônio) condenados a pagar danos morais.

Convidada à Sessão de Mediação com a Administração Pública, o Estado e o DETRAN concordaram com os pedidos da autora inclusive com atendimento em 48 horas. Ou

seja, Janet teria troca de placa, a retirada dos pontos da carteira e a emissão dos boletos de pagamento do IPVA e Licenciamento sem as multas, sem custos pela troca da placa e o bloqueio de circulação do veículo clonado.

Porém Janet insistia que o Estado ali representado fizesse vir à nova sessão de mediação o Antônio da Silva, sendo-lhe explicado que considerando o fato da clonagem, ato criminoso aquela não seria a instância para tutelar aquele seu interesse (nem na mediação, ou no juízo por ela escolhido). Também lhe foi informado que o resultado da tutela judicial seria exatamente a mesma que a administração em ato revisional estaria provendo, só que meses após à referida sessão de mediação. Enfim, que o Juízo da Fazenda Pública também não teria competência para conduzir a questão criminal como era de seu desejo.

Restou evidente que Janet desejava a condução coercitiva do autor das clonagens muito mais que as soluções trazidas pela administração, embora estas resolvessem o seu problema. As mediadoras em validação de sentimento detectou o animo de vingança da própria autora, que insistia em afirmar que o resultado do processo judicial seria mais efetivo porque levaria o autor das clonagens para cadeia e o Estado e DETRAN seriam penalizados pela demora na solução de seu problema.

No segundo caso, Jack alienou o veículo em 1999 sem a efetiva transferência no DUT e foi surpeendido por cobranças do Estado de IPVA em 2011, 2012 e 2013, pagando-as. Requer em juízo a devolução dos valores pagos, a transferência do bem para o proprietário atual, o bloqueio do veículo. Jack se fez acompanhar de advogada na sessão de mediação para colaboração nas alternativas de solução do conflito.

Neste caso, o contributo de advocacia das partes, traquejadas na mediação foi de grande importância para a resolução do conflito. Conhecendo das reiteradas decisões nos Juizados da Fazenda Pública, que em casos similares (i) não condena o Estado ou o DETRAN, bem como (ii) exclui da relação o adquirente, sob o argumento da falta de legitimidade de estar naquele juízo, orientou bem a advogada do mediando, dentro deste “frame” estabelecido em reiteradas decisões, pela realização do acordo na mediação. O DETRAN transferiu o veículo para o atual proprietário do bem, conforme informado no processo judicial, ao tempo em que Jack abriu mão da restituição de valores pagos a título de IPVA ao Estado (Fazenda Pública) nos períodos de 2011 a 2013.

Verifica-se da análise do primeiro caso que além da precária informação, Janet sucumbiu a todos os erros cognitivos decorrentes dos vieses comportamentais acima apresentados, a disponibilidade de optar por outra alternativa de solução, o excesso de confiança em que seria vencedora no processo judicial, a preferência pelo *status quo*.

Decerto Juliet teria muito mais vantagens na aceitação do que lhe foi ofertada na sessão de mediação e, neste caso, se fosse esta alternativa padronizada não haveria como hesitar na escolha. Apesar de toda arquitetura ter sido desenhada em seu favor ela não soube discernir como Econs, mas com o Humano, em face do seu rancor, emoção validade em sessão de mediação, em face da demora do Estado em resolver a questão da clonagem e punir o infrator. Em casos como o apresentado, verifica-se o valor da utilização da abordagem do paternalismo libertário na construção de uma arquitetura própria da administração

pública com o estímulo comportamental adequado à melhor opção na solução de conflitos, para quem, assim como Janet, não se encontra na condição de escolha (por heurística ou erros cognitivos) este caso a mediação como método e opção padronizada seria ideal, de modo que pudesse, através dos facilitadores/mediadores, se contruir para alcançar a melhor arquitetura para a escolha da Janet.

No caso Jack, além de muito bem informado e orientado dos desdobramentos na esfera judicial, a opção pela mediação proporcionou a resolução em menor tempo e satisfação do autor/mediando.

Repita-se, em face dos casos apresentados, uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito.

## 7. CONCLUSÃO

Diante dessa lógica é prioritária a mudança das crenças incutidas na sociedade para vencer a inércia provocada pelo problema coletivo. A solução não será a de incentivos nem punições, mas a constatação da necessidade de desenvolvimento de alternativas de regulação de comportamento não limitadas ao modelo do principal-agente. Em vez disso devem ser buscadas soluções propulsoras de mudanças na percepção dos cidadãos sobre a mediação.

O paternalismo libertário é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Este paternalismo propõe a utilização dos “nudges”, expressão dos autores Thaler e Ssutein, ou seja, os estímulos de comportamento. Para os autores, os estímulos consistem em qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos.

Assim as descobertas da economia comportamental podem ser vistas como oportunidade de melhorar a eficácia e a eficiência das intervenções do Estado, notadamente pela internalização da potencial irracionalidade do público afetado e, por esta razão, emerge o paternalismo libertário, enfim, conceituado pelos autores:

[...] nós sustentamos que o paternalismo libertário fornece a base para entender e repensar inúmeras áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos relacionados ao bem-estar do trabalhador, com a proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase é no fato de que, em muitos domínios, faltam às pessoas preferências claras, estáveis e bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto dos efeitos do enquadramento, pontos de partidas e regras de *default* estando o precisosignificado “preferências”, obscuro.<sup>17</sup>

## 8. NOTAS

1. CURY, Vera de Arruda Rozo. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 23
2. KAHNEMAN, Daniel; TWERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/tea->



[ching/Tversky\\_Kahneman\\_1974.pdf](#). Acesso em 15 de nov de 2018.

3. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York:Penguin Group, 2009.

4. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York:Penguin Group, 2009.

5. Hill, Claire Ariane, *Anti-Anti-Anti Paternalism*. NYU Journal of Law & Liberty, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=956153>

6. WATKINS, Daniel. **A Nudge to Mediate**: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions (September 12, 2009). The American Journal of Mediation, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1472470>. Acesso em 19 nov 2018.

7. Ibidem

8. WATKINS, Daniel. **A Nudge to Mediate**: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions (September 12, 2009). The American Journal of Mediation, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1472470>. Acesso em: 19 nov 2018.

9. Ibidem. “But the field of behavioral economics reveals that we live in a world not of Econs but of homo sapiens, or “Humans”. Thaler e Sunstein, em obra mencionada neste artigo (pp. 6-8), usam o substantivo apropriado “humano” para se referir ao ator econômico postulado pela economia comportamental, uma prática continuada neste trabalho.

10. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York:Penguin Group, 2009.

11. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York:Penguin Group, 2009.

12. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar, duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

13. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York:Penguin Group, 2009.

14. Resolução 125/2010 do CNJ. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. ([Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13](#)). Parágrafo único. Aos órgãos judiciais incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>.

15. O programa de ADR compulsório de Delaware para reclamações inferiores a US \$ 100.000 adotou recentemente esse incentivo de troca padrão. Antes dessa mudança, não havia inadimplência - as partes tinham que escolher afirmativamente arbitragem ou mediação. Provavelmente devido ao erro de excesso de confiança e ao viés de disponibilidade, as partes escolheram esmagadoramente a arbitragem sobre a mediação. Mas agora a mediação é o processo padrão. Uma vez que essa nova política tenha a chance de criar raízes, as estatísticas sobre o uso de mediação devem fornecer um teste conveniente para a eficácia desse ajuste de arquitetura de escolha. Veja-se, em geral, Joshua W. Martin III, Sara E. DiLuzio e Suzanne M. Hill, *Mudanças Recentes na Resolução Alternativa de Disputas Compulsória no Superior Tribunal*, 10 DEL. L. REV. 199 (2008).

16. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge**: Improving Decisions about Health, Wealth, and Ha-

ppiness. New York:Penguin Group, 2009

17. THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York:Penguin Group, 2009.

## REFERÊNCIAS

CNJ. Resolução 125/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 19 nov. 2018.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214\\_p91](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91).

CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002.

HILL, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. **NYU Journal of Law & Liberty**, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=956153>.

JOLLS, Christine; Sustein, Cass R.; Thaler, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1765](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765). Acesso em: 14 de nov. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Libertarian paternalism is not an oxymoron**. University of Chicago Law Review, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=405940>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WATKINS, Daniel. A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions (September 12, 2009). **The American Journal of Mediation**, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1472470>.

Recebido em: 22/11/2018

Aceito em: 05/12/2018