

- Se ambos ficarem em silêncio (colaborarem um com o outro), a polícia só pode condenar cada um dos suspeitos a um ano de prisão.
- Se ambos confessarem (traírem o comparsa), cada um ficará cinco anos na cadeia.

Cada prisioneiro toma a decisão sem saber da escolha do outro.

Nesse contexto, o melhor resultado para ambos os prisioneiros é não trair o comparsa porque, assim, ambos só serão condenados a um ano. Acontece que, se o seu comparsa antecipar a possibilidade de que você não o traia, ele preferirá traí-lo para sair livre e, com isso, você será condenado a dez anos. Da mesma forma, se você tiver certeza de que o outro não vai traí-lo, será melhor que você o traia, para sair livre, em vez de cumprir um ano. Por causa disso, é provável que tanto você quanto o seu comparsa traiam um ao outro, para se proteger do risco de cumprir dez anos e, com isso, ambos traiam e ambos acabam cumprindo cinco anos, em vez de apenas um¹³.

Observação: é comum que, confrontadas com esse resultado, as pessoas sugiram “e se eu for morto fora da cadeia pela traição” etc. Isso altera os resultados do jogo, que passaria a ser trair e ser morto depois, não trair e ficar livre. Assim, ou esse dado deve ser incorporado ao jogo, alterando os incentivos, ou ele não pode ser considerado relevante.

O dilema dos prisioneiros, apesar de sua simplicidade, é um poderoso exemplo de um cenário em que cada agente não pode considerar apenas a sua conduta, nem as suas preferências, mas precisa antecipar o que o outro fará para, aí sim, tomar a sua decisão. E, como o outro também antecipará o que o primeiro fará, sua estratégia será igualmente condicionada. Com isso, o resultado do jogo não se parece nada com as preferências iniciais dos agentes, que seria cumprir o menor período possível. A estratégia de não trair, pelo modo como o jogo é estruturado, não é racional para ninguém, sendo denominada de estratégia estritamente dominada. A estratégia estritamente dominante, por outro lado, leva a um resultado coletivo pior, com ambos cumprindo cinco anos.

13. Sobre teoria dos jogos, ver FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015.

É possível aplicar a teoria dos jogos em diversos contextos processuais, uma vez que o processo civil é litigado por partes que dependem do comportamento do adversário para definir suas estratégias. Decisões como litigar ou fazer um acordo, produzir determinada prova, recorrer, requerer medidas cautelares, todas podem ser projetadas como jogos.

O problema da aplicação da teoria dos jogos é que, embora forneça insights valiosos, ela demanda um elevado grau de abstração para a construção do modelo, o que a distancia de aplicações mais práticas ou exige um design muito complexo. Assim, as obras que se dedicam ao tema acabam recorrendo a exemplos altamente estereotipados, como o próprio dilema dos prisioneiros. Isso não quer dizer que a teoria seja inútil, apenas que suas limitações precisam ser reconhecidas.

12. ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL OU ANÁLISE COMPORTAMENTAL

É perfeitamente possível incorporar a modelos econômicos fatores de irracionalidade, relaxando suas premissas. Por exemplo, a aversão a risco é, muitas vezes, um comportamento irracional, mas é possível trabalhar com análise econômica tradicional incorporando esse fator no modelo.

Da mesma forma, muitas pessoas ajuízam ações financeiramente irracionais, porque querem obter satisfação pessoal ou gratificação psicológica em razão do ônus que o processo causa ao réu. Nesse caso, o comportamento, da perspectiva daquela pessoa, é racional, porque ela não está buscando o dinheiro como recompensa, mas sim outro valor que ela projetou como um objetivo importante. Logo, a racionalidade desse comportamento é aferível, ainda que o seu propósito não seja financeiro. Desde que a pessoa valorize a gratificação emocional mais do que o dinheiro que investirá no processo, o comportamento será racional, da perspectiva dela, ainda que seja indesejável sistemicamente ou que pareça irracional da perspectiva de terceiros.

Nada disso rompe com a análise econômica do direito. O que, de fato, alterou o cenário foram as pesquisas realizadas por Daniel Kahneman e Amos Tversky, a partir de 1979, mas no campo da psicologia. Assim, muitos dos aportes desse aspecto da teoria têm mais de psicologia do que de economia. Criou-se, assim, um campo de análise

econômico-comportamental do direito (*behavioral law and economics*), ou, simplesmente, análise comportamental do direito (*behavioral law*), expressões aqui utilizadas como sinônimas¹⁴.

O primeiro conceito a ser abordado é o de heurística. Heurísticas são processos mentais de simplificação da realidade que as pessoas utilizam, inconscientemente, para conhecer uma situação e tomar decisões. Ao reduzir a complexidade do mundo, elas permitem que a tomada de decisão enfoque um número menor de variáveis. Em certo sentido, pode-se dizer que o processo judicial é, em si, uma forma de heurística. Seria impossível decidir qualquer caso, se fosse necessário levar em conta todos os detalhes que contribuíram para a sua ocorrência. Ao separar fatos juridicamente relevantes ou irrelevantes, o ordenamento jurídico realiza um processo heurístico.

Embora funcione bem na maioria dos casos, é possível e, em alguma medida, comum, a ocorrência de desvios nesse processo, resultando em decisões que se afastam do que seria o resultado mais adequado. Os erros resultantes desses desvios são chamados vieses cognitivos e podem ter uma série de perfis e ocorrer em todo tipo de circunstância. A pesquisa seminal sobre a questão foi realizada na década de 1970, por Amos Tversky e Daniel Kahneman¹⁵, originando uma profícua linha de estudos nas décadas subsequentes. Em 2002, Kahneman recebeu o prêmio Nobel de economia por suas pesquisas. Tversky faleceu em 1996.

Três heurísticas foram originalmente propostas pelos autores, relacionadas à representatividade, disponibilidade e ancoragem-ajustamento. Outras foram determinadas posteriormente.

A heurística de disponibilidade à tendência de associar eventos mais facilmente memoráveis com eventos mais frequentes. É claro que, muitas vezes, essa associação é verdadeira e simplifica as tarefas cognitivas do cérebro. Porém, em outras circunstâncias ela não é e, com isso, gerará uma percepção enviesada da realidade. Assim, as pessoas tendem, por exemplo, a superestimar os riscos associados ao terrorismo, em virtude do choque e do caráter extremo associado ao evento. Por outro lado,

14. Ver, em geral, THALER, Richard; SCHLESINGER, George. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

15. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. In: *Cognitive Psychology*, n. 5, vol. 2, 1973, p. 207-232.

eventos comuns tendem a ser subestimados. Em um curioso experimento, Carrol demonstrou que pessoas que eram solicitadas a imaginar a vitória de um candidato nas eleições presidenciais tendiam a considerar, em entrevista posterior, que aquele candidato teria mais chances de vencer¹⁶. O simples fato de alguém imaginar um evento é suficiente para incrementar a expectativa de que ele ocorra.

Em termos processuais, isso poderia fazer com que o juiz seja mais propenso a conceder direitos que sejam fundados em histórias individuais dramáticas, como ocorre em demandas individuais relacionadas a tratamentos médicos, do que pretensões embasadas em dados estatísticos sólidos. Também poderia fazer com que os efeitos previstos, imaginados ou discutidos de uma decisão sejam considerados mais prováveis do que efeitos não previstos, ainda que haja elementos científicos que indiquem o contrário. Há, ainda, indicações de influências temporais sobre a disponibilidade: eventos mais recentes são vistos como mais prováveis do que os que ocorreram há mais tempo. Raciocínios de correlação igualmente sofrem desse efeito¹⁷. Eventos tendem a ser vistos como correlatos se for fácil recordar-se deles ocorrendo ao mesmo tempo, ainda que isso não passe de coincidência.

A heurística de representatividade se apresenta na situação de enquadramento de elementos em categorias. Um elemento é considerado representativo quando tem as características prototípicas associadas à categoria. O problema é que as pessoas tendem a focar características salientes dos elementos, sem perceber o quão comuns essas características de fato são, nos outros, que compõem o conjunto que se pretende representar. Isso faz com que propriedades muito raras tendam a ter sua ocorrência superestimada, por serem muito representativas da categoria,

16. CARROLL, J. S. The Effect of Imagining an Event on Expectations for the Event: An Interpretation in Terms of the Availability Heuristic. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 14, n. 1, 1978, p. 88-96: "The results of these studies demonstrate that instructions to imagine an event are sufficient to increase expectations for that event".

17. SRULL, Thomas; WYER, Robert. The Role of Category Accessibility in the Interpretation of Information About Persons: Some Determinants and Implications. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37, n. 10, 1979, p. 1660-1672: "...once a trait concept or schema is made more accessible by previous cognitive activity, the likelihood that the same schema will be used to encode new information is increased. The accessibility of these concepts, and therefore the likelihood that they are subsequently used, increases with the number of times that instances of them have been activated in the past".

enquanto características comuns são subestimadas. Com isso, cria-se a propensão de tomar decisões que contrariam as probabilidades reais de incidência dos eventos¹⁸.

Tversky e Kahneman demonstraram experimentalmente que mesmo regras básicas de probabilidade, como a de que a ocorrência conjunta de X e Y nunca pode ser mais provável que a ocorrência isolada de cada elemento, pode ser ignorada pelas pessoas, se Y for um evento muito representativo do conjunto analisado e X não for (a chamada falácia da conjunção). Essa violação de regras de probabilidade também se apresenta por intermédio da ignorância dos dados de base (pela qual as pessoas julgam probabilidades com base em casos específicos, ignorando as informações gerais disponíveis sobre o campo), da desconsideração do tamanho da amostra (violação da regra estatística segundo a qual as oscilações tendem a ser maiores quanto menores forem as amostras), do efeito de diluição (informações irrelevantes tendem a enfraquecer informações relevantes), pela má-representação da aleatoriedade (tendência a considerar eventos isolados e aleatórios como se fossem relacionados), dentre outros¹⁹.

A heurística de representatividade se refere, ainda, ao fato de que as pessoas tendem a perceber semelhanças entre indivíduos, condições e eventos, extraindo inferências de causalidade a partir da similaridade entre situações repetidas, o que inibe a habilidade de considerar o espectro completo de informações. Eventos similares tendem a ser vistos como causalmente relacionados, enquanto eventos muito distintos são percebidos como não relacionados, ainda que o sejam²⁰.

18. TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, vol. 90, n. 4, 1983, p. 293-315.

19. Cada um desses efeitos foi testado por pesquisadores e retratado em artigos específicos. Ver, por exemplo, NISBET, Richard E.; ROSS, Lee. *Human Inference: strategies and shortcomings of social judgment*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1980; POUNDSTONE, William. *Priceless: the myth of fair value*. New York: Hill and Wang, 2010. De modo geral, ver ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making: An Encyclopedia of Behavioral Economics*. Santa Barbara: Greenwood, 2015; KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, PAUL (org.). *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; POHL, Rüdiger F. *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgment and Memory*. Hove: Psychology Press, 2004.

20. Ver NISBETT, Richard; ROSS, Lee. *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1980.

Em terceiro lugar, a heurística de ancoragem-ajustamento reflete a tendência dos indivíduos a tomar decisões que permaneçam próximas aos dados iniciais, já disponíveis. Por exemplo, quando participantes de um experimento recebem um número inicial e são convidados a supor um número subsequente que pareça plausível, eles tendem a permanecer mais próximos do número inicial do que seria adequado. A âncora contamina a estimativa, ainda que esteja errada ou seja irrelevante. Esse problema heurístico se relaciona também com o viés de confirmação, que é a tendência de procurar, perceber e interpretar informações de forma a confirmar as próprias concepções do sujeito²¹.

Tudo isso seria uma mera curiosidade, se não fosse cientificamente passível de estudo. O que os autores demonstraram, por intermédio de uma série de experimentos laboratoriais e observações de situações reais é que os vieses cognitivos são reiterados, sistemáticos e previsíveis. Por exemplo, uma das primeiras pesquisas dos autores, denominada de "prospect theory", demonstrou que as pessoas valorizam de modo mais intenso perder algo do que deixar de ganhar. Isso faz com que elas sejam afeitas a risco quando o que está em jogo é uma perda – isto é, elas preferirão correr mais risco para não perder nada do que aceitar uma perda certa, mas menor – e avessas a risco quando se trata de ganhos – elas preferirão ficar com um ganho certo, mas menor, do que correr um risco racionalmente justificável para ganhar mais. A perda tem um impacto emocional maior sobre qualquer pessoa do que o ganho equivalente. Assim, provavelmente uma pessoa tentará evitar uma perda mais do que tentar obter um ganho.

A partir desses primeiros trabalhos, desenvolveu-se uma vasta literatura dedicada a identificar vieses e a propor intervenções sobre os contextos da sua ocorrência. Há algumas dezenas de vieses identificados em artigos científicos.

A análise comportamental muda o centro de gravidade da análise econômica. Primeiro, porque ela está mais descolada dos modelos teóricos e preocupada com seres humanos reais. Com isso, o seu método de trabalho é mais empírico, usualmente utilizando entrevistas ou simulações com grupos de participantes, ou a observação de grupos de

21. KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, PAUL (org.). *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 23 e ss.

casos reais para, a partir daí, fazer generalizações utilizando técnicas de relevância estatística.

Assim, por exemplo, uma análise econômica da atividade jurisdicional enfocaria quais os propósitos um juiz racional provavelmente teria nas suas atividades, considerando os estímulos que o sistema lhe oferece, para prever o seu comportamento. Por exemplo, se o Conselho Nacional de Justiça controla apenas metas quantitativas e os juízes não querem correr riscos de serem sindicados em suas atividades, eles serão estimulados a reduzir o acervo, ainda que, para tanto, tenham que piorar a qualidade das decisões. Eles também tenderiam a deixar de lado os casos mais complexos e priorizar os mais simples. A análise econômica preveria que as normas do CNJ implicariam aumento da produtividade e redução da qualidade decisória, com agilização dos processos de menor complexidade e concentração do atraso nos casos mais difíceis.

Uma análise comportamental, por outro lado, poderia tentar identificar de que forma a necessidade de julgar mais rapidamente altera as decisões dos juízes. A premência temporal poderia, por exemplo, enviesar os juízes a conceder indenizações menores, ainda que de modo inconsciente? Seria preciso, para tanto, comparar juízes submetidos a constrangimentos quantitativos e temporais com outros, que estivessem lotados em comarcas menos sobrecarregadas, para verificar se há alguma diferença que pode ser estatisticamente significativa nos montantes indenizatórios fixados.

Em síntese, a análise comportamental busca alcançar horizontes que a análise econômica pura não abrange, porque ela permite a avaliação do comportamento real dos sujeitos que, muitas vezes, incluirá fatores inconscientes ou irracionais, que o induzirão a desviar-se do comportamento racional esperado ou, até mesmo, estimulado pela norma. A análise econômica é cega quanto a essa possibilidade.

Um bom exemplo para ilustrar essa questão é a adesão a planos de previdência complementar patrocinados pelo empregador, isto é, planos nos quais o empregador desembolsa dinheiro, até um determinado limite, para somar-se às contribuições do empregado. Como esse dinheiro não será pago se o empregado não aderir ao plano, a decisão de não adesão representa, literalmente, recusar dinheiro grátis. Por isso, o

comportamento racional de qualquer empregado deveria ser o de aderir ao plano e é isso que a análise econômica preveria.

No entanto, nos Estados Unidos e no Brasil, estudos demonstraram que muitos trabalhadores não ingressavam no plano, o que provavelmente seria explicado por um viés de omissão (ou inação): as pessoas tendem a não adotar comportamentos ativos, preferindo manter-se passivas em muitas situações, ainda que essa escolha seja racionalmente injustificável. O medo de fazer uma má-escolha ou de ser (ou sentir-se) responsabilizado pela escolha originam o viés de omissão, que permanece em nível inconsciente para o sujeito.

Essa explicação confirmou-se quando os gestores de planos decidiram que o padrão passaria a ser o empregado aderir ao plano, podendo, caso quisesse, fazer o requerimento de desligamento. Essa estratégia inverteu o viés de omissão e aumentou de modo expressivo o número de adesões. Não é que as pessoas não quisessem o plano, elas apenas não queriam ter que optar por ingressar nele. Nada na análise econômica pura é capaz de explicar ou prever esse tipo de comportamento. O que se espera é que as pessoas responderão a estímulos racionais e agirão de acordo. Há poucos estímulos tão poderosos quanto dinheiro grátis e, no entanto, ele não foi suficiente nesse caso.

13. NUDGE

O caso dos planos de previdência coloca em evidência outro campo profícuo da análise comportamental, que é a arquitetura da tomada de decisão. Nenhuma decisão é tomada no vácuo. Todas elas estão em um contexto. A análise econômica supõe que as decisões são influenciadas pelos estímulos e recompensas que são oferecidas, assim como pela estratégia do tomador de decisão. A análise comportamental propõe que o próprio modo como a escolha é apresentada influencia a decisão. Esse conhecimento é bastante antigo e é representado, por exemplo, pelas diferentes posições dos produtos em um supermercado. Os mais visíveis tendem a ser mais escolhidos, ainda que não ofereçam qualquer vantagem real ao consumidor. Disso se extrai a conclusão de que o contexto decisório influenciará a tomada de decisão e, por isso, o modo como ele é organizado, isto é, a arquitetura da decisão, precisa ser pensada.

Richard Thaler e Cass Sunstein trabalharam essa questão no conceito de *nudge* ("cutucada")²² que consistiriam em alterações no contexto de tomada de decisão que, sem alterar a estrutura de incentivos – isto é, sem tornar mais atraente ou mais indesejável qualquer das alternativas – induz uma escolha. Isso inclui o posicionamento de objetos que estão à venda, a definição de uma opção como padrão e o modo como as alternativas são expostas. O marketing, há anos, faz uso dessas técnicas.

Os autores propõem que nenhuma arquitetura decisória é neutra, de modo que seria desejável que, em situações de interesse público, em que uma escolha é certamente mais proveitosa que a outra, seria legítimo que o Estado ou a entidade que oferece a escolha exercesse um "paternalismo libertário" e induzisse a escolha mais desejável, sem a impor. Exemplos dessa prática seriam a definição da opção padrão de adesão ao plano de previdência complementar como "sim", o posicionamento de comidas mais saudáveis em posição de maior destaque em um restaurante, ou a exibição do número de calorias que cada prato contém. Advertências de comportamentos, como placas nas ruas ou envios de mensagens aos tomadores de decisão, lembrando-os de agir, também servem como *nudges*.

Os *nudges* podem interagir com os vieses cognitivos e serem utilizados para se contrapor a eles ou para aproveitar-se deles para induzir comportamentos desejáveis. Por exemplo, o viés de grupo (fazer o que os outros estão fazendo) é bastante bem documentado. Se alguém é informado que muitas pessoas estão se envolvendo em uma atividade desejável, como praticar exercícios físicos, fazer dieta ou votar (no caso de localidades com voto facultativo), essa informação funciona como um *nudge* que se alia ao viés para aumentar a probabilidade de que a pessoa adote o comportamento.

No processo brasileiro, há alguns estudos sobre possíveis *nudges* processuais, como a inclusão, no mandado de citação de ações de cobrança, de informações claras sobre as vantagens do pagamento imediato e a economia que ele implica, em termos de encargos.

22. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*. Nova York: Penguin Books, 2008.

É importante considerar dois aspectos: primeiro, um *nudge* só merece essa denominação se ele não alterar a estrutura de incentivos da decisão. Se ele facilita uma escolha ou dificulta outra, é um estímulo e entra no cálculo racional usual das escolhas econômicas. Logo, *nudges* são ferramentas sutis e, em alguma medida, limitadas, ainda que possam ser importantes em determinados contextos.

Em segundo lugar, alguns críticos objetam que a adoção de *nudges* seria um dirigismo indevido da vida das pessoas e que “paternalismo libertário” seria um oxímoro. Cada pessoa deveria ser livre de influências psíquicas indevidas para fazer as suas escolhas. O problema dessa posição é que em diversos casos, não é possível fazer uma escolha neutra. Qualquer arquitetura de decisão é indutora do resultado, de modo que é melhor que ela seja utilizada para propósitos benéficos do que seja aleatória. A busca de neutralidade, nesses casos, parece fadada ao fracasso, mas a questão sobre os limites éticos dos *nudges* permanece relevante.

Há algum tempo, a prefeitura do Rio de Janeiro criou um órgão denominado NudgeRio, para estudar aplicações de *nudges* a políticas públicas²³. Mais recentemente, o governo federal criou um órgão com o mesmo propósito, denominado CINCO - Ciências Comportamentais em Governo. O website governamental descreve o órgão como “uma unidade pioneira do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, criada em 2023. Nosso objetivo é ajudar formuladores de políticas públicas a encontrar soluções inovadoras para os desafios, utilizando as lentes das ciências comportamentais”. Ainda de acordo com o órgão:

“O trabalho da CINCO consiste em compreender o problema, os serviços e as soluções oferecidas pelo governo do ponto de vista dos envolvidos: quem utiliza e quem presta o serviço na ponta, e então alimentar o desenho da política pública com essas informações. Inclui etapas como (1) identificar o comportamento, (2) investigar barreiras e facilitadores e gerar insights, (3) gerar ideias de intervenções comportamentais,

23. Alguns dados dessa iniciativa estão compilados em MORATO DE ANDRADE, Otavio. *Nudge Rio: um caso de aplicação de Ciência Comportamental às Políticas Públicas*. Cadernos do Desenvolvimento Fluminense, n. 16, p. 111-124.

(4) promover testes e calibrar intervenções, (5) avaliar resultados e aplicar em escala”²⁴.

De modo geral, pode-se afirmar que bons *nudges* conseguem resolver problemas com baixo custo operacional. No entanto, eles não são comuns. Em boa parte dos casos, será necessário alterar a estrutura de incentivos da decisão.

14. LIMITAÇÕES DA ANÁLISE COMPORTAMENTAL

Quando se expõe, de modo simples e sintético, os conceitos de heurísticas e de vieses cognitivos e se apresentam exemplos característicos de sua incidência, pode-se ter a falsa impressão de que a teoria é unânime e incontroversa.

No entanto, embora o conhecimento acerca da existência dos vieses esteja bem estabelecido, a determinação acerca da sua influência sobre um contexto ou uma decisão específica é altamente controversa. Isso porque o viés se caracteriza por um erro sistemático, que não deriva da má-percepção ou de limitações pessoais do indivíduo. O viés é demonstrado estatisticamente e sempre será difícil saber até que ponto um desvio na racionalidade de uma série de decisões tem ou não relevância estatística e até que ponto essa alteração, ainda que relevante, pode ou não ser atribuída ao viés.

A primeira questão que precisa ser considerada quando se analisa a teoria comportamental aplicada ao Direito é que “a imagem que emerge dessas pesquisas não é, nem de longe, clara”²⁵. Não existe uma ferramenta para medir a ocorrência de vieses cognitivos que não seja a análise do comportamento de pessoas, em contextos reais ou em laboratório, e o tratamento estatístico do respectivo resultado. Este depende do modo como o experimento é desenhado e do modo como a estatística é formulada. Assim, o que se pode esperar de tais experimentos são resultados indicativos, que vão se tornando mais seguros à medida que eles são repetidos e são obtidas respostas estatisticamente consistentes. Mas

24. <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco>. Acesso em 5.6.24.

25. ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral Law and Economics*. London: Oxford, 2018, p. 534.

é sempre problemático afirmar que um resultado demonstra a existência de um viés e, sobretudo, que esse resultado pode ser expandido para explicar situações distintas das que foram experimentalmente testadas. É que muitos dos experimentos que embasam a demonstração dos vieses são realizados em laboratório, mediante realização de tarefas abstratas, que não correspondem a situações reais.

O experimento inicial para demonstrar o viés de confirmação, por exemplo, consistia em solicitar aos participantes que escolhessem entre quatro cartas que associavam letras e números. A eles foi perguntado quais cartas deveriam escolher para verificar se uma regra era verdadeira. A maioria das pessoas escolhia combinações de cartas que seriam capazes de confirmar a regra quando, em verdade, para testar uma afirmação devem-se escolher combinações que potencialmente seriam capazes de falseá-la. Daí o viés de confirmação. No entanto, quando essa regra era apresentada em um contexto social, sem a abstração numérico-matemática, os resultados melhoraram significativamente²⁶. Em sentido similar, Gigerenzer e Hoffrage verificaram que os resultados de percepção de frequência de determinado fenômeno, que muitos experimentos relacionados a heurística de disponibilidade mostravam ser muito ruins, podiam ser melhorados apenas instruindo as pessoas em frações (1 em 10, 1 em 20 etc.) em vez de percentuais (5%, 10%)²⁷. Assim, os resultados dos experimentos podem ser influenciados pelas mais tênues mudanças nas suas configurações, o que compromete a tentativa simplista de adotar os seus achados como verdades.

Quanto ao viés de retrospectiva (*hindsight bias*), uma técnica simples, que se mostrou eficiente para reduzir a sua incidência, foi apenas pedir aos participantes que considerassem o contrário. Os participantes do experimento, neuropsiquiatras, receberam uma narrativa ambígua de um caso e três possíveis diagnósticos. Um grupo foi informado de que um dos três diagnósticos estava correto (induzindo o *hindsight bias*) e outro, não. A eles foi solicitado que estimassem a probabilidade de correção de cada diagnóstico. No entanto, alguns integrantes de cada grupo foram encorajados a elaborar uma lista de razões pelas quais cada um

26. Idem, p. 134.

27. GIGERENZER Gerd; HOFFRAGE, Ulrich. How to Improve Bayesian Reasoning without Instruction: Frequency Formats. *Psychology Review*, vol 102, 1995, p. 684 e ss.

dos três diagnósticos poderia estar correto, como se fosse uma lista de prós e contras. Apenas essa providência foi capaz de reduzir a tendência ao *hindsight bias* em mais de 15%²⁸.

Interessantemente, para o contexto processual, é exatamente essa a função do contraditório: chamar a atenção do juiz para provas que indiquem cenários alternativos, que expliquem os fatos narrados de outra maneira. O contraditório é, por si só, uma *debiasing technique*, um modo de combater o viés cognitivo relacionado à tendência de conformação de percepções iniciais.

Nesse sentido, considere-se, por exemplo, a defesa da adoção da figura do juiz de garantias, no processo penal, como forma de supostamente incrementar a imparcialidade judicial e reduzir os vieses cognitivos que a condução do inquérito policial induziria sobre o juiz da causa. se há preocupação com o viés de confirmação e com o *hindsight bias*, por parte dos juizes, o que deveria ser feito não é a cópia do instituto processual adotado em outros países, cujo contexto sistêmico é distinto do brasileiro. O caminho correto seria, primeiro, a realização de um sério estudo sobre a efetiva existência do viés, que, como afirmado, não foi demonstrada, apenas intuída. Depois, deveriam ser desenhados experimentos que investigassem as possíveis técnicas de *debiasing*, no específico contexto que se pretende transformar, para que se verifique qual delas é a mais adequada. Como sabemos, nada disso foi feito e o juiz de garantias, aprovado pelo Congresso Nacional e considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, está em fase de implantação.

Em resumo, quando se analisam estudos específicos sobre a psicologia comportamental aplicada ao Direito, percebe-se que não se podem estabelecer conclusões definitivas sobre a incidência de vieses cognitivos, nessa ou naquela situação. O comportamento humano é um objeto de estudo altamente complexo, de modo que os experimentos são sensíveis ao modo como são formulados e as análises, ainda que de situações empíricas, são sensíveis a critérios estatísticos. Vieses são indicações,

28. ARKES, Hal R. Eliminating the Hindsight Bias. *Applied Psychology*, vol. 73, 1988, p. 305 e ss. No mesmo sentido, LORD, Charles G.; LEPPER, Mark R.; PRESTON, Elizabeth. Considering the Opposite: A Corrective Strategy for Social Judgment. *Journal of Personality and Social-Psychology*, vol. 47, 1984, p. 1.231 e ss.

não verdades absolutas. A teoria não deve ser utilizada como argumento retórico para se dar ar de verdade científica a afirmações não testadas.

15. ANÁLISE COMPORTAMENTAL, JUÍZES E PROCESSOS

O professor Jeffrey J. Rachlinski, da Cornell University, se dedica, há anos, a realizar experimentos com juízes, para avaliar as falhas comportamentais que influenciam no seu processo de decisão. De modo geral, a conclusão do autor é a de que “o sistema judicial é operado por seres humanos e seres humanos estão sujeitos a falhas previsíveis”²⁹. Suas pesquisas demonstram que as emoções exercem um papel significativo nas decisões judiciais, implicando resultados nem sempre compatíveis com a interpretação pura do Direito.

Juntamente com Andrew J. Wistrich e Chris Guthrie, Rachlinski encontrou diferenças estatisticamente significativas, por exemplo, a partir do grau de simpatia que o réu aparenta para o juiz. Em um experimento indicando a ocorrência de fraude em passaporte, mais juízes consideraram o crime configurado quando o objetivo da fraude era fazer adentrar no país um assassino condenado do que na situação em que um pai queria trazer sua filha ilegalmente. No entanto, do ponto de vista objetivo, os fatos eram os mesmos e as provas também. 44% consideraram que o pai tinha cometido crime, enquanto 60% emitiram juízos condenatórios no cenário do assassino³⁰.

Os autores também já demonstraram, em outra pesquisa, que os juízes se vinculam a âncoras numéricas aleatórias. Eles fixam sentenças menores quando estão pensando em meses do que quando fazem os cálculos de pena em anos. Há, ainda, evidências de que os juízes foram influenciados por um programa de TV na definição de valores de indenizações em processos ou, até mesmo, pelo número da rua em que se localizava determinado empreendimento³¹. Juízes também são suscetíveis

29. RACHLINSKI, Jeffrey J. Entrevista disponível em <https://research.cornell.edu/news-features/investigating-judicial-decision-making#highlight-1509551924260>. Acesso em 13.3.20.

30. WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?. *Texas Law Review* vol. 93, 2015, p. 855 e ss.

31. WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences, *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, p. 695 e ss.

ao modo como as indagações são apresentadas, tendendo, por exemplo, a impor penas menores se lhes for informado o custo financeiro do tempo de encarceramento³².

A principal sugestão dos autores para lidar com o problema dos vieses cognitivos é a de que os juízes precisam ser educados para se fazerem conscientes e lidar com esses vieses cognitivos. Por exemplo, em relação às âncoras numéricas, a pesquisa propõe que seja colocado à disposição dos juízes algum tipo de escala mais objetiva para converter os diversos tipos de danos em dinheiro³³. Em relação à influência das emoções sobre a objetividade da decisão, os autores apontam que "talvez os recursos para os tribunais possam evitar a influência das emoções", uma vez que tribunais são órgãos colegiados, os julgadores têm contato apenas indireto com as partes e advogados, têm mais oportunidades de reflexão, porque tomam contato com um espectro maior de casos e podem trabalhar a partir das considerações do juízo de 1º grau, em vez de começar do zero³⁴. Assim, não se pode chegar à conclusão de que, apenas porque os juízes estão sujeitos a limitações cognitivas, suas decisões serão inerentemente injustas. Juízes decidem no contexto de um sistema e é preciso apreciar o modo como esse sistema opera, em vez de uma decisão isolada.

Uma discussão que foi feita sobre esse tema, no Brasil, referiu-se à adoção da figura do juiz de garantias no processo penal. Afirmou-se que há necessidade de um juiz de garantias porque a cognição prévia sobre a prova, na fase de investigação, acarreta vieses de confirmação

32. WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Altering Attention in Adjudication. *UCLA Law Review*, vol. 60, 2013, p. 1586 e ss.

33. WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences, *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, p. 732. O avanço obtido por essa escala, no entanto, resolveu o problema apenas parcialmente.

34. "Perhaps appellate courts can avoid the influence of emotion. If so, then the danger of doctrinal distortion is limited. (...) Appellate courts differ from trial courts in several potentially relevant ways: (1) typically three (or more) judges decide as a group rather than one judge deciding alone; (2) they have merely indirect contact with litigants and witnesses; (3) they enjoy a favorable decision-making situation that allows greater opportunity for reflection and better appreciation of the big picture; and (4) they review a lower court decision rather than starting from scratch". WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?. *Texas Law Review* vol. 93, 2015, p. 908.

e retrospectiva (*hindsight*), o que o impediria de ser imparcial no julgamento. Essa afirmativa parte da premissa de que, como as pessoas comuns estão sujeitas a esses desvios cognitivos, os juízes, *ipso facto*, também estarão. Contudo, a transposição de raciocínio ignora o fato de que os juízes são profissionais treinados, que conhecem o comando que os impede de decidir apenas com base nas provas do inquérito, sabem que não é adequado considerar apenas as provas que confirmem aquilo que veio da fase investigativa, são constantemente alertados, por regras, por outras decisões judiciais e pelas manifestações das partes, de que devem se manter imparciais.

A questão, portanto, não é saber se os juízes, ao comprar um produto no supermercado ou ao responder a uma questão numérica abstrata, estão sujeitos a vieses cognitivos, mas sim se os juízes, agindo no contexto do processo judicial real, são ou não são capazes de, aplicando o treinamento que recebem e as regras que conhecem, compensar os vieses cognitivos a que estão sujeitos, para se manterem imparciais. Essa questão não é fácil de ser abordada, dadas as limitações decorrentes do grande número de variáveis que incide sobre o contexto da decisão judicial. Todavia, há indicativos no sentido de que o juiz é capaz de, em virtude de seu treinamento, minorar os vieses cognitivos e decidir de modo imparcial.

Uma pesquisa interessante e compreensiva nesse sentido foi realizada por Reid Hastie e William Kip Viscusi³⁵, o primeiro, ex-diretor do Centro de Pesquisa em Decisão e Política da Universidade do Colorado e atual professor da Universidade de Chicago e o segundo, ex-diretor do Centro de Estudos Empíricos da Harvard Law School e, atualmente, professor da Vanderbilt Law School. Eles elaboraram um experimento partindo da premissa de que, nos Estados Unidos, tanto juízes quanto jurados podem ser chamados a decidir os fatos de um caso, dependendo da situação. Há, portanto, naquele país, um contexto em que as mesmas decisões de mérito são tomadas por juízes e por pessoas sem treinamento, o que oferece um cenário experimental favorável a comparações.

Assim, Hastie e Viscusi criaram um caso hipotético, relacionado a um acidente ferroviário. Eles apresentaram esse caso a 277 pessoas

35. HASTIE, Reid; VISCUSI, W. Kip. What Juries Can't do Well: the Jury's Performance as a Risk Manager. *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, p. 901-921.

comuns, que poderiam atuar como jurados, e a 95 juizes, que estavam participando de um treinamento na Universidade do Kansas. Havia, nessa amostra, juizes de diversos estados, inclusive de supremas cortes estaduais. Tanto os juizes quanto os jurados foram divididos em dois grupos. O primeiro tinha que avaliar um pedido da companhia para continuar operando os trens em uma situação em que o órgão regulador havia determinado a interrupção das atividades em um determinado ramal. Ao segundo grupo foi informado que a empresa tinha seguido com as atividades e um acidente havia, efetivamente, ocorrido, causando danos ambientais a um rio e prejudicando negócios e residentes ao longo de seu curso. Desse modo, ambos os grupos eram levados a avaliar o mesmo risco, mas o primeiro o fazia em uma condição de previsão (*foresight*), enquanto o segundo o fazia em retrospectiva (*hindsight*), para definir o valor dos danos punitivos que decorreriam da assunção desse risco, já concretizado em dano.

Os resultados foram altamente significativos. Os jurados, pessoas comuns, demonstram “massivos efeitos do viés de retrospectiva em todas as medições relevantes, enquanto os juizes apresentaram tendências na direção desse viés, mas em magnitude muito menor (em regra, estatisticamente insignificante)”³⁶. Adiante, os autores notam que “a mais ampla experiência dos juizes em tomar decisões a partir da lei os fez menos suscetíveis que os jurados ao viés de retrospectiva”³⁷. Na sequência, os autores também apontam que, no que tange a análises de custo-benefício “os juizes conservam o senso de racionalidade, mesmo nas situações em que se supõe denotar a maior irracionalidade. Pelo contrário, os jurados não parecem sensíveis a relações de custo-benefício”³⁸. Em conclusão, afirmam Hastie e Viscusi³⁹:

36. “Mock-jurors showed massive hindsight effects on all relevant measures, while judges showed trends in the direction of hindsight effects but of much smaller (usually statistically insignificant) magnitudes”. Cit., p. 906.

37. “the judges’ greater experience in making legal judgments made them less susceptible than the mock-jurors to hindsight biases”. Cit., p. 907.

38. “The economic calculations of costs and benefits suggest that judges have a sense of rationality in situations believed to create the most irrationality. In contrast, the citizen, mock-jurors do not appear to be sensitive to benefit-cost relationships”. Cit., p. 908.

39. Cit., p. 916.

“Os resultados dos estudos envolvendo nossa amostra de juizes e cidadãos indica que os juizes são mais capazes de lidar com julgamentos relacionados a risco, feitos em retrospectiva, do que os cidadãos comuns. (...) Em termos de indicação de política legislativa, esses resultados sugerem que mais confiança na autoridade dos juizes melhoraria a atividade jurisdicional. (...) Possivelmente, o que é mais significativo é a nossa constatação de que os juizes exibem um viés de retrospectiva muito menor [do que as pessoas comuns] quando são solicitados a tomar decisões idênticas”.

Ao final, os autores especulam as razões pelas quais os juizes se saíram melhor no teste. Na sua opinião, diversos fatores que cercam a experiência judicial são responsáveis pela menor sujeição dos juizes aos vieses cognitivos. Os juizes julgam muitos casos, ouvem argumentos de ambas as partes diversas vezes, tomam decisões repetidamente e são capazes de observar quais decisões são revertidas em grau recursal⁴⁰. Isso significa que a atuação profissional e recorrente, com a consideração de alternativas, que decorrem do exercício do contraditório pelas partes, somada aos feedbacks derivados do conhecimento do resultado dos recursos, faz dos juizes agentes de tomada de decisão melhores que um cidadão comum, como é o caso do jurado, que o faz apenas em caráter eventual e sem acompanhamento do caso, e sem o feedback dos recursos.

No mesmo sentido, Wistrich, Rachlinski e Guthrie propõem que os juizes devem se educar sobre os vieses cognitivos para que possam evitá-los nas decisões que tomam. Por exemplo, eles deveriam cultivar o hábito de ponderar múltiplas perspectivas, de considerar o que fariam se as circunstâncias fossem distintas das que lhe são apresentadas. Por exemplo, eles poderiam comparar parâmetros numéricos com casos similares, em vez de definir valores em abstrato⁴¹. Os autores também encontraram evidências de que os juizes se beneficiam da experiência que têm na análise de provas para evitar serem presas da heurística de disponibilidade. “Da mesma forma que a adequada apreciação das provas pode ser aprendida, ela pode ser ensinada a novos juizes”⁴².

40. Cit., p. 917.

41. WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J.; GUTHRIE, Chris. Inside the Judicial Mind. Cornell Law Review, Vol. 86, No. 4, 2001, p. 1 e ss.

42. Idem, p. 83.

Nesses termos, parece inapropriado estender aos juízes as mesmas descobertas sobre vieses cognitivos que se aplicam ao cidadão não treinado. É necessário, como dizem Hastie e Viscusi, confiar mais nos juízes⁴³ ou, pelo menos, confiar mais em pesquisas específicas, que levem em conta o contexto judicial brasileiro, em vez de tentar fazer uma alteração profunda no sistema processual com base em pesquisas que não foram desenhadas para essa finalidade.

É bom lembrar que a implementação do juiz de garantias, de acordo com levantamento da Associação dos Magistrados do Brasil, tem potencial para custar R\$ 1 bilhão por ano⁴⁴, em um contexto em que o Poder Judiciário já custa mais de R\$ 90 bilhões anuais aos contribuintes brasileiros⁴⁵. O juiz de garantias não é uma espécie de almoço grátis, que só vai melhorar o processo penal. Na verdade, ele é uma inovação potencialmente custosa, sem que haja qualquer indicativo concreto de quais são os resultados que ele será capaz de produzir, ou mesmo de que existe o problema que ele se dispõe a corrigir.

16. OS LITIGANTES REPETITIVOS E O GOVERNO: POR QUE TEMOS 83 MILHÕES DE PROCESSOS EM ANDAMENTO?

A análise econômica da litigância no Brasil passa, necessariamente, pelo estudo dos chamados litigantes repetitivos, isto é, pessoas que litigam reiterada e copiosamente. Embora esse fenômeno exista também em outros lugares do mundo⁴⁶, no Brasil ele é marcado pela reiterada presença de dois segmentos: os bancos e os entes governamentais. De acordo com o Painel Grandes Litigantes, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, dos 40 maiores litigantes do Brasil, 39 são entes governamentais (da Administração Direta ou Indireta) ou bancos. Se

43. "In terms of a policy direction, these results suggest that greater reliance on the authority of judges would improve judicial decision making". Cit., p. 917.

44. O documento produzido pela AMB está referenciado em <https://congressoemfoco.uol.com.br/justica/juiz-de-garantias-val-custar-mais-de-r-1-bilhao-por-ano-diz-amb/>. Acesso em 25.5.20.

45. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2019, ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019, p. 62.

46. Ver GALANTER, Marc. *Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no Direito*. Trad. Ana Maria Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

considerarmos os 100 maiores litigantes, todos são entes governamentais, bancos ou empresas de telecomunicações.

O litigante habitual leva muitas vantagens no processo. Como percebeu David Rosenberg, o problema processual das lesões coletivas é que os produtores desfrutam de uma “assimetria estrutural” em seu favor, uma vez que lesam os consumidores coletivamente, enquanto estes experimentam a lesão individualmente. O sistema tradicional de decisão caso a caso permite aos produtores diluir os custos processuais em centenas ou milhares de processos similares.⁴⁷

Logo, para o causador da lesão, sempre existe uma ação coletiva “de fato” quando ele litiga contra um grande número de indivíduos, dada a possibilidade de que contrate apenas um escritório de advocacia, invista na produção de provas aplicáveis a todos os casos, na contratação de pareceres jurídicos que serão reproduzidos exaustivamente e na obtenção de precedentes judiciais favoráveis, que poderão ser explorados com mais facilidade do que pela parte contrária. Em uma situação limite, o réu tem possibilidade de entabular acordos judiciais com os credores que tiverem queixas mais fundadas, acobertando-os com cláusulas de sigilo para, a um só tempo, ocultar as situações individualmente mais graves e fazer com que os tribunais decidam primeiramente os casos menos fundados, potencializando a prolação de decisões em favor de sua tese defensiva⁴⁸. Isso significa que o sistema processual, de modo geral, é favorável ao causador de lesões massificadas, que exerce um controle geral dos processos, enquanto, do lado dos autores, esse controle é fragmentado em diversos advogados.⁴⁹

Um exemplo concreto pode auxiliar a compreensão dessa vantagem. Suponha-se que um réu lesou dez mil consumidores de um produto, espalhados pelo território nacional, causando-lhes prejuízo individual de R\$ 5.000,00. A primeira vantagem que ele levaria é a probabilidade de que, conquanto a demanda seja economicamente viável, um percentual

47. ROSENBERG, David. Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't. *Harvard Journal on Legislation*, vol. 37, 2000, p. 393-431.

48. Ver infra, Item 4, um estudo de caso sobre esse tema.

49. Lahav afirma que boa parte da ira despertada contra as *class actions* se deve exatamente ao fato de que elas reequilibram, no processo, a situação das partes, que era materialmente desigual. LAHAV, Alexandra. Symmetry and class action litigation. *UCLA Law Review*, vol. 60, p. 1494-1522, 2013.

das vítimas (digamos, 10%) não ajuizará ação, seja em virtude de desconhecimento, desinteresse ou simples passividade. Logo, de um litígio cujo valor total é de R\$ 50 milhões, o réu já teria um ganho inercial de R\$ 5 milhões, decorrentes apenas da inércia dos autores, e isso assumindo um altíssimo percentual de 90% de demandas ajuizadas.

Com esses R\$ 5 milhões, o réu já teria um bom capital para contratar o seu escritório de advocacia. Na medida em que o dano é igual para todos os consumidores, o trabalho criativo desse escritório é pequeno, já que as teses defensivas podem ser desenvolvidas uma única vez e apenas repetidas. Logo, é provável que o réu consiga um excelente escritório de advocacia, por um valor razoavelmente inferior a reserva de R\$ 5 milhões. Da mesma forma, poderão ser contratados laudos técnicos, assistentes periciais e pareceres jurídicos de pessoas de elevado renome, elementos que poderão ser reproduzidos nos diversos processos e que reforçarão os argumentos do réu.

De outro lado, o consumidor individual se apresentará para um advogado com uma demanda de apenas R\$ 5 mil. Poucos advogados aceitarão litigar essa causa, certamente nenhum de elevada expertise. O mais provável é que boa parte dessas causas acabe nos juizados especiais, com ajuizamentos sem advogado. Desprovidos de orientação técnica, os consumidores não terão a seu favor um contraditório efetivo, a que se refere o art. 7º do CPC, nem a possibilidade de influir significativamente no convencimento do juiz (art. 10, CPC). Se o réu optar por oferecer-lhes acordos, é provável que aceitem ofertas inferiores ao valor real de seus direitos. De outro lado, aqueles consumidores que optarem por contratar advogado verão o seu potencial de ganho ser reduzido de modo significativo, dado que, de acordo com a tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, o valor mínimo que pode ser licitamente cobrado pelo advogado, para atuação em juizado especial, é de R\$ 1.049,59, aproximadamente 20% do valor do crédito, nesse exemplo⁵⁰.

A única solução para esse problema, no paradigma do processo individual, é uma coletivização privada da demanda, decorrente da captação de parte razoável dessa clientela pelo mesmo advogado. Essa ocorrência, além de depender de fatores eventuais, como a dispersão geográfica

50. Tabela disponível em <https://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios>. Acesso em 11.4.21.

das vítimas, a percepção de lucratividade dos advogados e a sua capacidade de atuação no mercado, não incorpora garantias institucionais de boa atuação do advogado, já que, embora ele passe a tratar esses clientes como um grupo, do ponto de vista formal, a relação continua sendo individual. Essa prática, comum na chamada advocacia de massa, permite a centralização de alguns custos e a redução do valor individualmente cobrado pelo advogado, mas implica a repetição automatizada de petições e estratégias processuais, com ampla perda de controle individual do cliente sobre o advogado, sem regulamentação ética específica⁵¹.

No fim das contas, a lógica econômica fará com que não apenas advogados, mas também juízes, promovam uma agregação informal de casos, repetindo petições e decisões.⁵² O apego à visão do indivíduo como *dominus litis* representa, nesses casos, a fidelidade nostálgica a um passado não mais existente.⁵³ Ele serve apenas para sustentar entendimentos que privam os lesados do processo coletivo, sem lhes atribuir, concretamente, qualquer vantagem contraposta.

51. Sobre esse problema ver RHODE, Deborah et al. *Legal ethics*. 6. ed. New York: Foundation Press, 2012.

52. ERICHSON, Howard M. Informal aggregation: procedural and ethical implications of coordination among counsel in related lawsuits. *Duke Law Journal*, vol. 50, n. 2, p. 381-471, 2000. O autor afirma que "true litigant autonomy may be unattainable in many situations involving multiple related claims". No mesmo sentido, HENSLER, Deborah R. As times goes by: asbestos litigation after Amchem and Ortiz. *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, p. 1898-1924 e ISSACHAROFF, Samuel. Shocked: Mass Torts and Aggregate Asbestos Litigation after Amchem and Ortiz *Texas Law Review*, vol. 80, n. 7, p. 1925-1942, 2002. No Brasil, a leitura de diferentes processos individuais de servidores públicos pleiteando o mesmo reajuste de vencimentos bastaria para comprovar a tese. É fácil verificar que as petições das partes constituem mera reprodução de casos anteriores, do mesmo modo que as decisões judiciais, os recursos e os acórdãos dos Tribunais. Supor a existência de controle individual sobre os litígios de massa, apenas porque a ação é individual, é desconhecer a realidade.

53. No sentido do texto, afirma Erichson: "As long as the economy features mass marketing, mass employment, mass entertainment, mass transportation, mass production of goods, and mass provision of services, disputes will arise in which a mass of claimants seek relief from a common defendant or set of defendants. Lawyers on both sides naturally handle such matters collectively rather than individually. With or without the judicial imprimatur of class certification, multi-claimant disputes routinely are litigated and resolved on a collective basis. The real question is not whether there will be mass litigation, but whether mass litigation will be subject to formal procedural safeguards or will instead proceed without clearly defined ethical duties or meaningful judicial supervision". ERICHSON, Howard M. Mississippi class actions and the inevitability of mass aggregate litigation. *Mississippi College Law Review*, vol. 24, p. 285-308, 2005.

Assim, o causador de uma lesão coletiva é amplamente favorecido pela dispersão das vítimas, permitindo que ele as trate como se fossem uma carteira de ativos, avaliando globalmente o risco de perda, distribuindo os custos entre cada processo e centralizando investimentos que são aproveitáveis para todos os casos. Quanto maior for o número de causas, menor será o seu custo unitário para o litigante habitual. Os lesados, de outro lado, só têm uma chance de vitória, que é a do seu próprio caso, o qual enseja interesse econômico diminuto e, com isso, poucos investimentos no desenvolvimento da causa.

Essa situação já foi percebida concretamente, pelo Superior Tribunal de Justiça. O STJ negou aos consumidores o direito de não pagar a assinatura básica do serviço de telefonia, eliminando, em uma única decisão, a possibilidade de que as empresas de telefonia perdessem uma receita equivalente a R\$ 13 bilhões (US\$ 3,5 bilhões) por ano. Nessa decisão, o voto vencido do Ministro Herman Benjamin fez duras críticas ao modo como a causa foi processada, com ampla mobilização jurídica das empresas, em detrimento dos consumidores, ilustrando, perfeitamente, as vantagens listadas acima:

[...] elegeram-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. [...] Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. [...] Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se preuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório.⁵⁴

Finalmente, o causador do dano tem uma última e significativa vantagem econômica: ele pode repassar seus custos processuais aos próprios lesados, dependendo das condições do mercado em que atua, revertendo

54. REsp 911.802/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2007, DJe 01/09/2008.

o prejuízo em aumento de preços. Empresas que atuam em mercados oligopolizados, como é o caso das companhias aéreas, das telefônicas, dos planos de saúde, dos bancos e das empresas estatais podem deixar as vítimas sem a opção concreta de buscar o serviço de outro prestador e, com isso, embutir no preço cobrado dessas mesmas pessoas, o valor das condenações que eventualmente lhes forem impostas.

Especificamente no caso do governo, há alguns problemas específicos. Primeiro, os advogados públicos, agentes que decidem litigar não são responsáveis pela gestão financeira do ente público. Sua tarefa é litigar. Assim, eles não são estimulados (e, às vezes, são até proibidos) a realizar cálculos de custo-benefício de processos. Em geral, eles seguem regras predeterminadas quanto ao que ajuizar e a quando fazer acordos⁵⁵. Em segundo lugar, embora paguem despesas em caso de sucumbência, os entes públicos são desobrigados de adiantá-las, o que faz com que o problema do custo seja postergado para um futuro distante e incerto, provavelmente, a cargo do próximo gestor público, em outro mandato. Em terceiro lugar, por força do art. 85, §19, do CPC, os advogados públicos recebem honorários sucumbenciais quando vencem, mas não são onerados quando perdem, problema que já foi analisado anteriormente. Finalmente, quando o Estado é réu, por ter causado algum dano, ele também pode litigar para projetar as despesas para o futuro, contando com a morosidade do Poder Judiciário – que ele próprio contribuiu grandemente para causar – e com o pagamento por precatórios.

Assim, o sistema fomenta que o Estado seja um litigante habitual, tanto como autor, quanto como réu, com muito poucos estímulos para fazer acordo.

17. ANÁLISE ECONÔMICA E TECNOLOGIA: O CASO OFERTA SELETIVA (OU DISCRIMINATÓRIA) DE PROPOSTAS DE ACORDO

O litigante habitual passa a conhecer o tribunal e as chances de vitória de cada um dos seus adversários, dependendo da distribuição. Na era da tecnologia e da jurimetria, essa expertise nem precisa ser

55. Esse cenário tem mudado, especialmente na Advocacia-Geral da União, mas ainda segue cercado de incertezas.

desenvolvida, ela pode ser adquirida. Em uma busca online, é possível encontrar empresas que prometem “acesso a informações restritas sobre o Poder Judiciário”, o que inclui “encontrar a decisão judicial perfeita para, em poucos segundos, descobrir teses vencedoras, identificar o perfil decisório de um determinado juiz ou tribunal, saber quais são os entendimentos dominantes ou minoritários de tribunais, deter métricas sobre as chances de êxito de em uma demanda judicial são desafios a serem superados com o apoio da exclusiva tecnologia de pesquisa otimizada de jurisprudência e de jurimetria oferecida”⁵⁶. É claro que tudo isso é acessível apenas enquanto serviço pago, cujo custo é baixo para uma grande empresa, mas pode ser inacessível para um advogado isolado, que litiga demandas de baixo valor.

Ciente das chances de êxito de determinada demanda, o litigante habitual pode passar a se comportar de maneira estratégica⁵⁷, oferecendo, seletivamente, a celebração de acordos apenas para as vítimas que tenham maiores chances de vitória. Essa conduta lhe acarreta uma dupla vantagem. Primeiro, ele economiza recursos, fazendo acordos apenas nos casos em que potencialmente seria derrotado. Segundo, ele eleva as chances de proliferação de decisões favoráveis a suas teses, fazendo com que, com o tempo, a jurisprudência se incline a seu favor e, com isso, reduza o percentual de casos com chances significativas de vitória. Cria-se uma curva descendente de ofertas de acordo, que tende ao zero, no momento em que os precedentes se estabilizarem em favor do causador do dano.

Esse é um problema concreto, já detectado empiricamente, no Brasil. No início de 2021, o Ministério Público do Trabalho detectou, analisando casos de reclamações ajuizadas por motoristas de aplicativos de transporte, contra as respectivas empresas, em Minas Gerais (TRT da 3ª Região), a ocorrência de ofertas seletivas de acordo. Consta do parecer do MPT o seguinte⁵⁸:

56. A citação contida no texto foi retirada do site de uma empresa de tecnologia jurídica, cujo nome optou-se por omitir, a fim de evitar divulgação da marca.

57. Sobre o conceito de processo estratégico, ver VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, 2018.

58. O parecer foi exarado nos autos do RORSum 0010696,49-2020.5.03.0111, lavrado pelo procurador do trabalho Helder Santos Amorim.

Constata-se no presente feito típica estratégia de litigância que vem sendo adotada por empresas gestoras de plataformas digitais de transporte, como Uber, Cabify, 99 Pop etc., no âmbito de todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país, de celebrarem acordos trabalhistas seletivos em processos distribuídos em grau recursal para turmas e/ou desembargadores relatores cujas posições sejam efetiva ou potencialmente favoráveis ao reconhecimento de vínculo de emprego ou deferimento de direitos trabalhistas em favor de motoristas, com o fim de direcionar os julgamentos de mérito de recursos exclusivamente às turmas e/ou desembargadores com probabilidade de produzir jurisprudência favorável aos seus interesses, com afirmação da natureza autônoma da atividade.

Como se percebe, trata-se, precisamente, da estratégia de atuação aqui descrita. Há uma controvérsia jurídica sobre a configuração ou não de vínculo de emprego entre o aplicativo de transporte e o motorista. Para fomentar a sua própria tese, as empresas oferecem acordos apenas aos reclamantes que têm a “sorte” de terem o seu processo distribuído a uma turma julgadora que tem visão favorável à pretensão. Nos demais casos, não há oferta, embora as situações sejam idênticas. Constrói-se, com isso, uma aparente unanimidade jurisprudencial em desfavor da tese dos reclamantes, uma vez que apenas os casos em que a turma julgadora favorece o réu são julgados. Em Minas Gerais, de acordo com o parecer, foram detectadas ofertas de acordo “de forma sistemática na 1ª, 4ª e 11ª Turmas e ocorreu de modo pontual (excepcional) na 3ª e 7ª Turmas, a depender da composição”⁵⁹.

Nessa mesma linha, pesquisa realizada pela Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Emprego - CONAFRET, órgão também do Ministério Público do Trabalho, no âmbito do TRT da 2ª Região (São Paulo capital), que se divide em 18 turmas, demonstrou que a plataforma Uber direcionou seus acordos aos recursos ordinários distribuídos à 1ª, 4ª, 6ª, 8ª, 9ª, 12ª, 13ª, 15ª e 17ª turmas, mas não às demais. Isso denota que o comportamento não é apenas uma coincidência, ou uma estratégia desenvolvida pelo escritório que representa a empresa em Minas Gerais, mas sim uma conduta processual nacionalmente orquestrada, para criar a impressão de que todo o Judiciário trabalhista desfavorece a pretensão dos autores.

59. Idem, p. 5.

Esse tipo de utilização da jurimetria foi o que levou a França a aprovar a Lei 222-2019, que criminaliza a utilização de técnicas preditivas de decisões judiciais, além de determinar a retirada dos nomes das partes e dos juízes dos acórdãos publicados⁶⁰. Embora sujeita a diversas críticas, a providência pretende evitar precisamente que os litigantes habituais possam ser favorecidos com estratégias que não estão à disposição da parte contrária.

O caso mineiro também foi retratado em artigo de Adriana Goulart de Sena Orsini e Ana Carolina Paes Leme, denominando a conduta de "litigância manipulativa"⁶¹. As autoras apresentam casos que demonstram que as propostas de acordo foram formuladas dias antes do julgamento pelo Tribunal Regional do Trabalho, por vezes, no dia anterior à sessão de julgamento, sempre após a inclusão do caso em pauta. Elas também apresentam outros indícios que permitem concluir pela tentativa de manipulação da decisão, de maneira a acarretar o resultado de que

60. Article 33

I.-Au 4° de l'article L. 153-1 du code de commerce, les mots : « la publication » sont remplacés par le mot : « publicité ».

II.-Le titre préliminaire du code de justice administrative est ainsi modifié :

1° Les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 10 sont remplacés par trois alinéas ainsi rédigés :

"Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique.

Par dérogation au premier alinéa, les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans le jugement, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe.

Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés;"

61. ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LEME, Ana Carolina Reis Paes. Litigância manipulativa da jurisprudência e plataformas digitais de transporte: Levantando o véu do procedimento conciliatório estratégico. In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9a Região, V.10, n.95, 2021, p. 21 e ss.

a “ausência de jurisprudência contrária aos interesses empresariais em 2º grau se dava por uma conciliação seletiva baseada nas pessoas dos julgadores e não, propriamente, na prova dos autos e risco daí decorrente”⁶². Outro problema detectado pelas autoras é a imposição de sigilo sobre o teor dos acordos, contrariando o princípio da publicidade processual.

A solução para esse problema, uma vez identificado, não é simples. No caso do recurso abordado pelo parecer do MPT, antes mencionado, a proposta do Ministério Público foi no sentido de que a conduta das empresas fosse caracterizada como abuso de direito à conciliação, dado que a proposta só é feita em um momento processual muito adiantado, às vésperas do julgamento em 2º grau, precisamente para ampliar a acurácia da predição de perda. As ofertas são feitas em casos pontualmente escolhidos, apesar de as demandas serem repetitivas, sempre às vésperas do julgamento dos órgãos fracionários vistos como contrários às empresas. Isso esvazia os benefícios derivados do consenso, já que não há redução de litigiosidade, de tempo de tramitação, de economia processual e nem ganho de justiça na decisão. O litígio, nesses casos, é coletivo, eis que o causador do dano trata todos os motoristas uniformemente, como grupo, para negar-lhes o direito ao vínculo empregatício. Os processos, por outro lado, são individuais, permitindo ao réu a manipulação do estoque de casos, estratégia que não está disponível para os autores⁶³.

“Nessa situação, o acordo não visa a prevenir ou a cessar o litígio, como é próprio de sua natureza, mas a induzir a formação de uma jurisprudência regional favorável à tese empresarial”, afirmou, no mesmo sentido, o procurador do Trabalho Helder Amorim, no parecer mencionado. Por isso, a solução por ele proposta é que o tribunal não homologasse o acordo e julgasse a causa, intimando as partes, após a decisão, para manifestarem-se sobre o seu conteúdo. Assim, as partes poderiam

62. *Idem*, p. 31.

63. Sobre a não correspondência entre o perfil do litígio e o tipo de processo que o aborda, afirmou-se: “Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais. É isso que distingue o litígio coletivo dos litígios individuais. Dessa forma, o litígio coletivo ocorre quando um grupo de pessoas é lesado enquanto sociedade, sem que haja, por parte do adversário, atuação direcionada contra alguma dessas pessoas em particular, mas contra o todo”. VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2024.

ratificar os termos do acordo durante o prazo recursal, resguardando-se a autonomia do reclamante ao qual a proposta foi feita e, ao mesmo tempo, permitindo a formação do precedente, para frustrar a estratégia processual do litigante habitual.

Em alguma medida, a solução dialoga com o art. 976 do CPC, que também busca evitar que as partes possam impedir a formação de precedente no IRDR valendo-se da desistência do recurso representativo da controvérsia. Aliás, em alguns dos casos identificados pelo MPT, as partes não submetem o acordo a homologação, mas apresentam petição de desistência do recurso, potencialmente para evitar a apreciação do acordo pelo juízo. Nesse sentido, a solução se aproxima ainda mais do propósito do art. 976 do CPC.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, sob relatoria do Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, ainda não havia julgado o caso a que se refere o parecer, até o início de abril de 2021. No entanto, em abril de 2020, em caso idêntico⁶⁴, no qual as partes pediram a retirada do caso de julgamento menos de 24 horas antes da respectiva sessão, o TRT indeferiu o pedido, afirmando:

este Relator tem a ponderar que a reclamada tem dado sinais de uso estratégico do processo com o objetivo de fazer transparecer uma visão distorcida do estado da arte da jurisprudência acerca da questão relativa à existência ou não de vínculo empregatício entre os motoristas e as empresas que se utilizam de plataformas virtuais na conexão entre clientes de serviços de transporte de pessoas e motoristas, como é o caso da recorrente. Isto ocorre na medida em que em número considerável de demandas a reclamada tem se disposto a celebrar acordo apenas nos casos em que se visualizam razões suficientes para se supor que o órgão julgador irá decidir em sentido contrário ao seu interesse. Tal postura deixa transparecer uma possível estratégia de se evitar a formação de jurisprudência no sentido do reconhecimento de vínculo empregatício, interferindo, desta maneira, que os Tribunais cumpram sua missão de unificar a jurisprudência por intermédio dos instrumentos processuais destinados a esse fim. A estratégia compromete de modo peremptório o cumprimento da função do Poder Judiciário de realizar a justiça, impedindo o fluxo natural da jurisprudência e a configuração da pluralidade de entendimentos para que,

64. 0010258-59.2020.5.03.0002 (RORSum), rel. Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, j. 13.4.2020.

enfim, as instâncias competentes possam consumir o posicionamento definitivo sobre a matéria.

Assim, parece bastante plausível que, ao se disporem a fazer acordo em casos tais, busca se evitar decisões que reconheçam a existência de vínculo de emprego entre as partes. Se configurada a estratégia, ela concorre para que a comunidade jurídica e os trabalhadores desse setor de atividade tenham a impressão de que a jurisprudência é, por princípio e em quaisquer circunstâncias, uníssona em uma direção (...) acaba por desestimular trabalhadores que tenham fortes razões para levar seu caso à apreciação do Poder Judiciário, deixando de fazê-lo por absorver a existência de higidez da jurisprudência - dissimulada pela estratégia adotada pela reclamada - no sentido da inexistência de vínculo empregatício nesse tipo de relação de trabalho medida por algoritmos.

Nesse caso, o relator ainda aponta que o teor do acordo contempla não uma transação, mas sim a renúncia, pelo autor, às pretensões formuladas na petição inicial. Por essa razão, o acordo impede não apenas a configuração adequada da jurisprudência do tribunal, como também implica a renúncia ao direito material da parte, em troca do pagamento da quantia. Isso também seria uma fraude à lei trabalhista. O TRT seguiu com o julgamento e reconheceu o vínculo de emprego entre o motorista e a plataforma.

Esse breve estudo de caso denota, mais uma vez, as vantagens dos litigantes habituais sobre os eventuais. Ao fazer acordo de valores irrisórios⁶⁵, os réus criam a aparência de força das suas teses perante os diversos tribunais do país, reforçando progressivamente a sua própria argumentação, diante dos juízes de 1º grau e diante dos trabalhadores, em geral. Ampliam, com isso, a heurística de disponibilidade, permitindo a formação de uma cascata de disponibilidade, em virtude da qual o discurso público passa a ser ocupado apenas pela ideia de que não há vínculo de emprego entre motorista e plataforma⁶⁶. Não fosse o olhar atento do Ministério Público do Trabalho, essa vantagem teria passado despercebida, uma vez que os autores, representados por advogados distintos,

65. De acordo com o parecer do MPT, os acordos giram em torno de R\$ 20 mil. No caso julgado, mencionado no texto, o valor foi de apenas R\$ 10 mil.

66. KURAN, Timur; SUSTEIN, Cass. Availability cascades and risk regulation. *Stanford Law Review*, v. 51, p. 683-768, 1999; TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

não têm percepção do fato e, ainda que tivessem, têm pouco interesse em militar contra ele, já que seus clientes estão obtendo os acordos que individualmente lhes interessam.

A solução proposta no parecer do MPT parece adequada para dar conta da controvérsia. Ela não veda a celebração do acordo, dado que ele ainda permanece viável, após a decisão, no curso do prazo recursal, mas permite que o entendimento do tribunal seja conhecido e retrate a divergência acerca da matéria. Inibe-se, por outro lado, a oferta de um acordo que não é apenas seletiva, é discriminatória, uma vez que não está fundada nas peculiaridades fáticas do caso de cada litigante, mas sim no abuso da posição processual dominante da empresa.

É de se cogitar se essa oferta discriminatória de acordo também não seria passível de punição por litigância de má-fé, uma vez que, quando o acordo é submetido a homologação, o réu omite do tribunal informação juridicamente relevante, no sentido de que, embora esteja envolvido em milhares de processos idênticos, ou seja, em um litígio coletivo, seu critério de oferta de acordos, nos processos individuais, inclui uma avaliação do risco de derrota daquela causa específica, em razão da composição da turma julgadora. Mesmo que a utilização desse critério de análise não seja explicitamente vedada, ela certamente deveria ser levada ao conhecimento do tribunal, por força do art. 80, II, do CPC.

Também é possível indagar se, no contexto específico do Direito do Trabalho, tal conduta não configuraria discriminação vedada, eis que fundada em um motivo não legalmente amparado para o tratamento diferenciado de trabalhadores. Se assim for, o que parece razoável, a oferta discriminatória de acordos implica dano moral em favor dos trabalhadores que, estando nas mesmas condições materiais, não receberam a mesma oferta de acordo.

Tratar esse problema como uma questão meramente privada – se a empresa e o trabalhador querem fazer acordos individuais, não há nada de errado nisso – é desconhecer a realidade, fechando-se os olhos ao fato de que o acordo, aqui, pretende apenas dificultar o ajuizamento de demandas futuras, em vez de resolver o litígio coletivo local⁶⁷ que embasa a

67. Essa classificação está desenvolvida em VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2019.

controvérsia. Também não é verdade que o sistema de precedentes vinculantes e a estabilização da jurisprudência possa resolver esse problema. Pelo contrário, é justamente a busca de construção de uma decisão vinculante futura que faz com que o litigante habitual queira construir a impressão de que a jurisprudência lhe é favorável. Quanto mais se valoriza o sistema de precedentes vinculantes, maior é o risco de que esse tipo de comportamento se dissemine.

18. CONCLUSÃO

Esta introdução procurou fornecer ao leitor os elementos essenciais para conhecer a análise econômica do processo e a sua derivação para os aspectos comportamentais. Na sequência, os coautores desta obra apresentam os conceitos centrais do processo civil, repensados à luz da análise econômica e comportamental.

Essa discussão e a incidência de novas luzes sobre os conceitos processuais tradicionais são centrais para que se possa compreender como o processo civil estimula comportamentos nos sujeitos envolvidos. Se pretendemos mudar o processo brasileiro, precisamos entender não só como gostaríamos que ele fosse, mas, muito especialmente, por que ele é como é. Não somos prisioneiros de um sistema jurídico imutável. Ele é resultado do comportamento de diversos sujeitos e do modo como eles enxergam e promovem seus próprios interesses.

REFERÊNCIAS

- ALTMAN, Morris (org.). *Real-World Decision Making: An Encyclopedia of Behavioral Economics*. Santa Barbara: Greenwood, 2015.
- ARKES, Hal R. Eliminating the Hindsight Bias. *Applied Psychology*, vol. 73, 1988, p. 305 e ss.
- BAKER, Tom; SIEGELMAN, Peter. The law and economics of liability insurance: A theoretical and empirical review. In: ARLEN, Jennifer. *Research Handbook on the Economics of Torts*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: Clarendon, 1789.