O “PADRÃO QUÁDRUPLO” NA POLÍTICA DE ACORDOS EM MEDIÇÃO E CONCILIAÇÃO

Leonardo Martins Wykrota*

Resumo. O presente ensaio chama a atenção para as nuances enfrentadas na tentativa de acordo em certos cenários descritos no chamado “padrão quádruplo” (*fourfold pattern*). O modelo nem sempre é considerado por juristas, mediadores e conciliadores nas tentativas de acordo. Em geral, a composição alcançada tanto na mediação quanto na conciliação supõe um processo decisório que, em princípio, o direito presume seja sempre racional (ao menos em se tratando de partes capazes). O contato com a Neurociência, porém, mostra que há distorções nessa racionalidade que precisam ser consideradas. Gestores de contencioso, portanto, devem estar atentos para levar em conta esse tipo de modelo na definição de uma política de acordos.

Ninguém duvida do atual prestígio político-legislativo da mediação e da conciliação no Brasil.ⁱ Para uma pequena mostra, basta ver que, em 2006, o CNJ implantou o “Movimento pela Conciliação”, promovendo encontros e debates sobre o tema e lançando a Semana Nacional da Conciliação, evento que abrange todos os tribunais do país; tudo com o declarado objetivo de “alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos” (CNJ, 2015). Também o novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido pela Lei 13.105 de 16 de março de 2015, coerente com esse crescente prestígio dado aos *métodos alternativos de resolução de conflitos* (ou *Alternative Dispute Resolution - ADR*, do direito norte-americano), traz a conciliação como um de seus princípios fundamentais,ⁱⁱ além de dar regramento mais específico para a mediação e para a conciliação,ⁱⁱⁱ e dedicar tópico próprio para tratar das figuras do mediador e do conciliador.^{iv} Apenas para se ter uma ideia do esforço encampado pelo legislador no sentido aprimorar a regulação da matéria em relação à codificação anterior, vale notar que a palavra “mediação” aparece trinta e nove vezes no NCPC, ao passo que seu antecessor dispunha apenas sobre a conciliação (art. 447 a 449), sem mencionar o tema da mediação. É claro que o mero registro quantitativo das palavras não é indicativo direto da qualidade do regramento emprestado pelo Legislador, mas é forte indício do incremento na preocupação com o tema.

---

* Sócio responsável pela equipe de Contencioso Cível do VLF Advogados. Mestre em Processo Civil e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Ao que parece esse prestígio político-legislativo da mediação e da conciliação vem da crença de um tratamento mais adequado de certos conflitos e da expectativa de uma solução mais célere pela composição amigável.^v Todavia, sem prejuízo desse mérito louvável, não é preciso grande esforço para se perceber as dificuldades que a conciliação ou a mediação de duas ou mais vontades antagônicas podem enfrentar, especialmente sabendo – partir da experiência comum – das várias questões, além da lógica jurídica de quem tem ou não a melhor razão, que precisam ser levadas em conta quando se tem um conflito a ser conciliado ou mediado. Há casos (talvez a maioria) em que certos aspectos psicológicos podem ser muito mais importantes do que as questões jurídicas em jogo. É nesse contexto que a “autonomia da vontade”, tributária de uma racionalidade que o direito, em regra, presume a favor do agente capaz, é colocada em xeque pela Neurociência^{vi} (vinculada à psicologia comportamental), especialmente por algumas das pesquisas desenvolvidas por Daniel Kahneman e Amos Tversky (KAHNEMAN, 2012) examinadas a seguir.^{vii} Para compreendê-las, contudo, é preciso um rápido exame de alguns conceitos normalmente estranhos ao Direito, como, por exemplo: *heurística*, *heurística do afeto*, *viés (bias)*, “Paradoxo de Allais” e o “padrão quádruplo”, mencionado no título deste ensaio. Vamos a eles, de modo sintético e simplificado, então.

A *heurística*^{viii} pode ser entendida como um procedimento simplificador, para solução de questões difíceis, que seriam substituídas por outras de resolução mais fácil. Pode ser tanto uma técnica deliberada quanto uma operação automática (intuitiva e inconsciente) do comportamento. É dessa segunda que estamos falando.^{ix} A esse respeito, KAHNEMAN (2012) defende que, comumente, respondemos a uma pergunta-alvo (em geral complexa) substituindo-a (inconscientemente) por uma pergunta mais simples (“pergunta heurística”).^x Essa noção de *heurística* foi aprofundada por KAHNEMAN (2012), com apoio nos estudos de Paul Slovic, para mostrar como relações afetivas (simpatia e antipatia) influenciam em nossas crenças acerca do mundo. É a chamada *heurística do afeto*, em que decisões e julgamentos são feitos (inconscientemente) pela “[...] consulta a certas emoções do momento: Será que gosto disso? Eu odeio isso? Qual a força de meus sentimentos em relação a isso?” (KAHNEMAN, 2012, p. 177).^{xi}

Já o *viés* é um conceito conhecido em economia e denota uma carga de distorção na prática de determinado ato aparentemente racional de escolha. A *heurística do afeto* é, portanto, uma forma de *viés* e, assim como ela, outros fatores podem “enviesar” nossas escolhas.^{xii}

Um desses fatores tem a ver com o peso que damos a determinadas probabilidades. O fenômeno foi investigado no século XIX por Gustav Fechner (1801-1887) ^{xiii} e, ainda antes, por

Daniel Bernoulli, em 1738. Quase cem anos antes de Fechner, Bernoulli havia antecipado o valor psicológico de desejabilidade do dinheiro (chamado de “utilidade”) em relação à real quantia em dinheiro. Sua conclusão foi de que a reação ao incremento da renda é inversamente proporcional à renda inicial da pessoa (por isso, falamos de aumento de salário em termos percentuais e não em dinheiro).^{xiv} Recentemente, Maurice Allais sofisticou essa lógica de utilidade (utilizada para avaliar apostas desde de Bernoulli), evidenciando cenários em que há a inclinação forçada da mente para uma decisão irracional (na qual incidiram vários economistas), chamada de “Paradoxo de Allais” (KAHNEMAN, 2012, p. 390-391).^{xv}

A chave para o Paradoxo foi mais tarde desvendada por Kahneman e Tversky, com a seguinte conclusão: a eliminação do risco e a criação de uma chance antes inexistente são uma utilidade em si. Com isso, puderam verificar por que (e o quanto!) damos pesos diferentes a certos percentuais de chance, dependendo de sua relação com a criação de uma chance ou a eliminação de um risco.^{xvi} E, aliando essas noções à *heurística da escolha*, os dois cientistas chegaram ao chamado “padrão quádruplo” (*fourfold pattern*), um modelo desenvolvido para explicar como (e o quanto) pessoas atribuem valores a ganhos e perdas. O padrão é representado da seguinte forma:

ALTA PROBABILIDADE (efeito de certeza)	GANHOS 95% de chance de ganhar 10 mil dólares Medo de decepção AVERSÃO AO RISCO Aceitação de acordo desfavorável ①	PERDAS 95% de chance de perder 10 mil dólares Esperança de evitar perda BUSCA DE RISCO Rejeição de acordo favorável ④
BAIXA PROBABILIDADE (efeito de possibilidade)	5% de chance de ganhar 10 mil dólares Esperança de grande ganho BUSCA DE RISCO Rejeição de acordo favorável ②	5% de chance de perder 10 mil dólares Medo de grande perda AVERSÃO AO RISCO Aceitação de acordo desfavorável ③

As posições são fruto da escolha em um acordo judicial hipotético, conforme descrito a seguir:^{xvii} ① diante da chance de um grande ganho, as pessoas, em geral, rejeitam o risco e aceitam um acordo menos favorável frente a possível decepção de perder todo o ganho;^{xviii} ② as pessoas em geral superestimam uma chance pequena de um ganho grande;^{xix} ③ diante de uma chance pequena de uma grande perda as pessoas tendem a pagar um “ágio” pela eliminação do risco, isto

é, “comprar” uma posição segura;^{xx} ④ a aversão à perda leva a pessoa a assumir o risco (aceitar uma chance pequena de evitar a perda) no lugar de fazer um acordo favorável, se considerada a perda como certa.^{xxi} A aplicação de cada uma dessas situações do modelo pode ser transposta para o sistema judicial brasileiro,^{xxii} da seguinte forma:

you é o autor em uma ação indenizatória em que está pleiteando uma vultosa soma em danos morais. A instrução vai muito bem e seu experiente advogado acredita, a partir da jurisprudência e da opinião de outros especialistas, que você teria uma chance de 95% de vencer imediatamente, mas adverte: “A gente nunca sabe realmente o resultado de uma demanda até que o juiz a sentencie”. Seu advogado insiste para que você aceite um acordo em que talvez receba apenas 90% do que está pleiteando. Você estaria no cenário (1) do padrão quádruplo e a pergunta que provavelmente lhe vem à mente é “Estou disposto a permitir até mesmo a pequena chance de que eu não receba absolutamente nada? Mesmo 90% do que pleiteei é um bocado de dinheiro, e posso sair daqui com isso agora mesmo”. Duas emoções são evocadas, ambas impelindo na mesma direção: a atração de um ganho certo (e substancial) e o medo da decepção intensa e do arrependimento se você rejeitar um acordo e perder no julgamento do caso. Você pode sentir a pressão que tipicamente leva a um comportamento precavido nessa situação. É provável que o Autor de uma boa demanda seja avesso ao risco (KAHNEMAN, 2012, p. 398, com alterações para o modelo brasileiro de justiça).

A descrição pode parecer simplificada e distante de uma justiça que deve ser examinada sempre caso a caso (e não em termos estatísticos), mas ajuda a explicar, por exemplo, parte do sucesso da chamada “indústria da ação trabalhista”,^{xxiii} na qual inúmeros trabalhadores são ludibriados por advogados inescrupulosos pela promessa de realizar um ganho rápido dos valores que o causídico lhe adianta em troca de esperar por um resultado favorável muito superior.^{xxiv} O sujeito que “vendeu” o caso ao seu advogado, sai com a sensação que trocou “o certo pelo duvidoso”.

Já a situação do Réu neste mesmo caso possui outra perspectiva:

Os advogados do Autor propuseram um acordo em que você teria de pagar 90% da reivindicação original deles, e está claro que não vão aceitar menos. Você faz acordo ou tenta continuar com a ação? Como você enfrenta uma alta probabilidade de perda, sua situação pertence à célula (4) superior direita. A tentação de ir para a briga é forte: o acordo que o autor ofereceu é quase tão doloroso quanto o pior resultado que você enfrenta, e ainda há esperança de sair vencedor no julgamento do caso. Aqui, mais uma vez, duas emoções estão envolvidas: a perda segura é detestável e a possibilidade de vencer no tribunal é altamente atraente. Um réu com um caso fraco tem boa probabilidade de buscar o risco, de estar preparado para apostar, em vez de aceitar um acordo muito desfavorável. No confronto entre um autor avesso ao risco e um réu que busca o risco, o réu leva a melhor. A posição superior de negociação do réu deve estar refletida nos acordos negociados, com o autor fechando um acordo por menos

do que o resultado estatisticamente esperado do julgamento. (KAHNEMAN, 2012, p. 398, com alterações para o modelo brasileiro de justiça).^{xxv}

Agora tomemos o exemplo em que autor se encontra em uma posição fraca ou mesmo uma “lide temerária” frente ao réu:

[...] considere um “litígio frívolo”, em que o autor com um caso frágil ingressa com uma ação ambiciosa que com grande probabilidade fracassará no tribunal. Ambas as partes estão cientes das probabilidades, e ambas sabem que na eventualidade de um acordo o autor receberá apenas uma fração da quantia pleiteada. A negociação do acordo é conduzida na fileira inferior do padrão quádruplo. O autor está na célula esquerda, com uma pequena chance de ganhar uma quantia muito grande; o pleito frívolo é o bilhete de loteria para um grande prêmio. Exagerar o peso da pequena chance de sucesso é natural nessa situação, levando o autor a ser audacioso e agressivo na negociação. Para o réu, a ação judicial é um aborrecimento com um pequeno risco de um resultado muito ruim. Exagerar o peso da pequena chance de uma grande perda favorece a aversão ao risco, e fazer um acordo por uma quantia modesta é o equivalente a comprar seguro contra o evento improvável de um veredito ruim. (KAHNEMAN, 2012, p. 398, com alterações para o modelo brasileiro de justiça)

Claramente nesses cenários o autor tem a chance de obter um acordo mais generoso do que justificariam as estatísticas da situação, ao passo que o réu tende a pagar o “ágio” pelo conforto de não se preocupar com um resultado improvável, mas doloroso. Entretanto, se você for o gestor jurídico de uma grande empresa e se vir diante de inúmeras demandas que sabe serem temerárias, fazer acordo em todas elas decerto não será a opção mais sensata (ao menos do ponto de vista econômico), assim como fazer seguros a preços de mercado individual não é sensato para o dono de uma grande frota de carros.

A longo prazo, apostar no julgamento das demandas temerárias provavelmente trará maior benefício para o réu que fica em situação negocial desvantajosa (assim como serão provavelmente menores os custos de se consertar os carros avariados em uma grande frota, dentro da estatística de acidentes, do que pagar pelo respectivo seguro).

Um gestor também precisa estar atento para posições em que é melhor realizar um prejuízo grande, por meio de um acordo aparentemente não tão vantajoso, do que apostar em uma chance fraca de sucesso no final da demanda, aceitando a inclinação intuitiva para o risco, diante da chance de uma grande perda (retratada no cenário quatro).

Em breves linhas, já se pode ter uma ideia de contribuição de outras áreas do conhecimento, em especial para se desconfiar das decisões tomadas com verniz de racionalidade em uma posição de acordo. É claro que não se trata de rejeitar, ao menos no campo do Direito, a

“autonomia da vontade”, mas perceber que essa “vontade”, aparentemente racional, mesmo em ações cíveis simples de indenização (nas quais os aspectos psicológicos, aparentemente, não seriam tão significantes), apresenta vieses próprios que não devem ser menosprezados.^{xxvi}

Ou seja, não defendemos que as decisões são ou devam ser tachadas de irracionais em qualquer circunstância, ou mesmo aderindo a alguma forma de realismo jurídico. Apenas apontamos a necessidade de se repensar a razão, a partir das contribuições da Neurociência. É algo com repercussão no exame de processos decisórios de nosso dia a dia, como a realização de um acordo judicial. Nesse contexto, o discurso em torno de uma política judiciária para fomento dos ADR deve ser abrangente e não se perder apenas nos aspectos quantitativos de realização do acordo. No mínimo, o adágio “mais vale um mal acordo do que uma boa demanda”, tão empregado nos corredores de nossa Justiça, deve sempre ser visto com mais reserva!

Referências Bibliográficas

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Formas Alternativas de Solução de Conflitos*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001118/texto%20ministra%20seecionado-formas%20alternativas%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos.doc. Acesso em 06.03.2015.

BRASIL. *Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 17 de mar. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 24.08.2015.

BRASIL. *Lei Federal n. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 de jun. de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 24.08.2015.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125 de 2010*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAAahUKEwimvK3Lq8LHAhXBIZAKHZ-rCto&url=http%3A%2F%2Fwww.cnj.jus.br%2Fbusca-atos-adm%3Fdocumento%3D2579&ei=TGHbVabmJcHDwASf16rQDQ&usg=AFQjCNHlsjDOqK3HsCzbosCPsjvxZPORMA&sig2=DSaQUcJeJvNTEsanCqsPRw>. Acesso em 06.03.2015.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Movimento pela Conciliação*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>. Acesso em 22.08.2015

CRUZ, Alvaro Ricardo e WYKROTA, Leonardo Martins. *Nos Corredores do Direito*. in CRUZ, Alvaro Ricardo, coord. (O) Outro (e)(o) Direito. vol. I. Arraes Editora. 2015. Pgs. 1 a 51.

HSU, Ming; KRAJBICH, Ian; ZAO, Chen; CAMERER, Colin. *Neural response to reward anticipation under risk is nonlinear in probabilities*. in *Journal of Neuroscience* n. 29(7) de 2009. pgs. 2231-2237

ISAACSON, Walter. *Einstein: sua vida, seu universo*. São Paulo: Cia das Letras, 2008

LEVY, Moshe. *Loss aversion and the price of risk*. in *Revista Quantitative Finance*. vol. 10, Iss. 9, 2010. P. 1009 a 1022.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

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

ⁱ Desde o compromisso internacional de modernizar a administração da Justiça assumido em março de 1998 junto aos Supremos Tribunais de Justiça Ibero-Americanos em Caracas, o Supremo Tribunal Federal, na Reunião de Cúpula, subscreveu compromisso de promover mecanismos alternativos de resolução de conflitos, também chamados de ADR, por meio de políticas adequadas, pavimentando o caminho para que a conciliação e a mediação fossem cada vez mais valorizados. Também a posterior criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, é prova da crescente valorização de alternativas à jurisdição Estatal, especialmente da mediação e da conciliação.

ⁱⁱ Cf. art. 3º, § 3º, NCPC (BRASIL, 2015)

ⁱⁱⁱ Na mesma linha, determina que cada tribunal crie *centros judiciários de solução consensual de conflitos* destinados a estimular a autocomposição, e que União, Estados, Distrito Federal e Municípios criem *Câmaras de Mediação e Conciliação*, para: (a) dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (Cf. art. 174, I, NCPC); (b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução e conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (Cf. art. 174, II, NCPC); (c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (Cf. art. 174, III, NCPC); tudo isso sem excluir “*outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais*”, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, as quais poderão ser regulamentadas por lei específica (Cf. art. 175, NCPC). Em verdade, vários tribunais já adotaram tal medida em decorrência da regulamentação da implementação de uma “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” pelo Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução n. 125, de 29.09.10. O Art. 7º da Resolução Nº 125/2010 dispõe que “[o]s Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: [...] IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;(...)”

^{iv} Não apresenta, todavia, uma definição desses profissionais. Apenas dispõe, em seu art. 165, §§2º e 3º, que: o conciliador “[...] atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes” (BRASIL, 2015); e o mediador “[...] atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes” (BRASIL, 2015). A Lei 13.140 de 2015, por sua vez, considera, em seu art. 1º, §1º, a mediação como “[...] atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (BRASIL, 2015a).

^v Questões delicadas como a guarda de um filho, a separação e o divórcio, para ficar apenas nesses exemplos, podem encontrar nas soluções alternativas à jurisdição estatal um tratamento mais adequado (no sentido de proximidade e aderência às expectativas concretas das partes, nem sempre alcançadas pela letra fria da lei) para a busca de autocomposição, em relação à tutela jurisdicional específica. Os objetivos da conciliação e mediação também podem contemplar aspectos psicológicos individuais, típicos de uma justiça restaurativa, mas que, por ora, ficam de lado, por não interessarem diretamente aos objetivos deste ensaio.

^{vi} Tal como massivamente empregada hoje, o nome Neurociência não se refere propriamente a uma disciplina isolada, mas é o reflexo da interação de diversas áreas, especialmente entre os avanços da medicina e da psicologia, com as tecnologias de imageamento. Antes da possibilidade de estudos imagéticos mais detalhados, muito pouco se sabia

sobre os processos mentais para além do estudo generalizado de certos distúrbios. Muito pouco se sabia, portanto, sobre a própria racionalidade, no mais das vezes, oposta ao conteúdo emocional de nossos pensamentos e atitudes. Foi justamente essa nova possibilidade tecnológica o que mais influenciou nosso conhecimento sobre o cérebro nos últimos anos: “[a] ciência da mente foi reformulada por uma nova tecnologia específica, surgida nos anos 1990. Chama-se ressonância magnética funcional, ou fMRI (sigla em inglês para funcional Magnetic Resonance Image). A fMRI [...] mapeia a atividade de diferentes estruturas do cérebro, ao detectar o fluxo de sangue que aumenta e diminui muito levemente com a variação da atividade.” (MLODINOW, 2013, p. 10).

^{vii} Trata-se de pesquisa que consolida todo um jargão neurocientífico empregado especialmente na economia comportamental, mas que talvez não seja novidade entre os estudiosos do Direito, ao menos para os que se voltam para a Economia e para o setor regulatório. “Heurística da escolha”, “viés comportamental”, “bacamarte mental”, “WYSIATI”, “Econs”, “Falácia do custo afundado” e “padrão quádruplo”, dentre outros, são todos termos que compõem essa interessante área da psicologia comportamental, fomentada pela Neurociência. A obra de Daniel Kahneman (2013) aborda de forma incrivelmente didática todos eles. Não há, propriamente, uma grande novidade aqui. Há algum tempo, o tema vem sendo estudado nesse âmbito, especialmente pelos opositores do agente racional modelo da Escola de Chicago, bem exemplificado na obra de Milton Friedman. Essa corrente põe em xeque parte da lógica de que os agentes econômicos são estritamente racionais e, conseqüentemente, a abordagem libertária das políticas públicas, de não interferir com o direito de escolha das pessoas, a menos que essas escolhas acarretem danos aos outros, encorajadas pela eficiência do mercado em alocar bens para as pessoas que estão dispostas a pagar mais por eles (KAHNEMAN, 2012, p. 515). Cass Sustein (2008), um dos grandes nomes da *Escola de Chicago*, ao participar como chefe do setor regulatório do Governo de Barack Obama, também mostrou grande influência dos estudos de economia comportamental, incrementando a linguagem específica da área. Sua obra *Nudge* é reconhecidamente um marco no assunto. Em geral, são termos que designam distorções nos padrões de escolha racional que até então ainda não tinham uma explicação mais detalhada.

^{viii} A palavra tem a mesma raiz de *heureka* e é definida tecnicamente como “[...] procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis.” (KAHNEMAN, 2012, p. 127).

^{ix} Uma simples autorreflexão deve ser convincente para mostrar que as pessoas, em geral, dispõem de sentimentos e opiniões intuitivos sobre quase tudo no mundo que os cerca. No mais das vezes, temos respostas intuitivas mesmo para perguntas que não compreendemos completamente, apoiados em evidências que nem sempre somos capazes de explicar ou defender. A compreensão exata de como isso funciona pressupõe uma maior digressão sobre os “Sistemas 1 e 2”, detalhados na obra “Rápido e Devagar” (KAHNEMAN, 2012). Mas considerando as limitações do presente texto, podemos investigar diretamente o modelo explicativo sobre como são geradas as opiniões intuitivas sobre questões complexas.

^x Se alguém lhe perguntar “você é feliz”? Em geral, no lugar de perder tempo e fazer uma longa digressão sobre os principais momentos da sua vida, somos levados (pelo que Kahneman chamada de “Sistema 1”), a processar essa pergunta trocando-a (inconscientemente) por uma mais fácil de se responder, do tipo: “sinto-me feliz agora no momento em que vou responder a esta pergunta”? Isso explica, em parte, como pessoas fazem julgamentos sobre probabilidade sem saber às vezes sequer o que é uma probabilidade.

^{xi} Trata-se de um caso de substituição, em que a resposta para uma pergunta fácil (Como me sinto em relação a isso?) serve como uma resposta para uma questão muito mais difícil (O que penso sobre isso?). Slovic e seus colegas relacionaram suas ideias ao trabalho do neurocientista António Damásio, que havia proposto que as estimativas emocionais de resultados feitas pelas pessoas, e os estados físicos e tendências de se aproximar ou se afastar associados a eles todos desempenham um papel central em orientar a tomada de decisão. Damásio e seus colegas observaram que pessoas que não exibem emoções apropriadas antes de decidir, às vezes devido a algum dano cerebral, apresentam também uma capacidade prejudicada de tomar boas decisões. Uma incapacidade de ser guiado por um ‘medo saudável’ de conseqüências ruins é uma falha desastrosa” (KAHNEMAN, 2012, p. 177)

^{xii} Na obra de KAHNEMAN (2012), são expostos inúmeros vieses que, muito provavelmente, impressionarão o leitor que se dispuser a conferir a íntegra do trabalho apresentador por este Psicólogo, laureado com o prêmio Nobel de economia em 2002 justamente por suas pesquisas com Amos Tversky consolidadas na obra que já citamos.

^{xiii} Conforme relata Kahneman (2012, p. 339), Fechner foi um psicólogo e místico alemão obcecado pela relação mente-matéria. Seu projeto era encontrar leis psicofísicas que relacionassem a quantidade subjetiva na mente do observador com a quantidade objetiva no mundo material. Propôs, então, que a relação para muitas dimensões respeitaria uma função logarítmica. É o que acontece com nossa audição, por exemplo, em que registramos as dobras de intensidade e não os aumentos lineares de energia.

^{xiv} Bernoulli propôs uma abordagem radicalmente nova da avaliação de riscos, tema importante para os matemáticos de hoje. Antes dele, apostas eram avaliadas pelo valor esperado: uma média ponderada dos resultados possíveis, onde cada resultado é ponderado por sua probabilidade: o valor esperado de: 80% de chance de ganhar cem dólares e 20% de chance de ganhar dez dólares é 82 dólares ($0,8 \times 100 + 0,2 \times 10$). A questão é que, se alguém lhe pedisse para escolher entre uma aposta cujo valor esperado pelos matemáticos antes de Bernoulli seria de 82 dólares ou oitenta dólares em dinheiro, provavelmente você ficaria com a segunda opção. Chamou a atenção de Bernoulli o fato de que a maioria das pessoas não aprecia o risco (a chance de receber o menor resultado possível). Oferecida uma escolha entre uma aposta e uma quantia igual ao valor esperado dela, as pessoas, em geral, vão pegar coisa segura. Há uma aversão ao risco e, por isso, a pessoa escolherá a opção segura, mesmo que por mesmo do valor esperado no caso de uma aposta. Na prática, paga-se um ágio para evitar a incerteza. (KAHNEMAN, 2012, p. 340)

^{xv} KAHNEMAN (2012, p. 390-391) resume o exemplo do problema utilizado por Allais na opção entre as seguintes situações: “A. 61% de chance de ganhar 520 mil dólares OU 63% de chance de ganhar 500 mil dólares”; “B. 98% de chance de ganhar 520 mil dólares OU 100% de chance de ganhar 500 mil dólares”. Ele constatou que a maioria das pessoas prefere a opção da esquerda na situação A e a opção da direita da situação B, o que é um “pecado lógico” e viola as regras da escolha de um agente racional. Essa. Por detrás disso, está o fato de que, numa situação o risco é eliminado e, na outra, não. Embora se trate dos mesmos 2% de risco, num problema eles se tornam atrativos, noutro não, para a mesma quantidade de dinheiro. Isso claramente confere um peso diferente a uma mesma utilidade. Para se entender melhor o fenômeno, basta pensar no seguinte exemplo. Duas pessoas estão comprando uma mesma quantidade de ações de uma Companhia, só que uma delas terá o controle societário quando somar as ações adquiridas às que já tem e a outra simplesmente será um acionista minoritário. Decerto que as mesmas ações valerão mais para o potencial controlador que para o acionista comum, embora sejam a “mesma utilidade”. Isso é tão frequente que o Direito procura proteger o acionista minoritário nessa situação com o chamado Tag Along, previsto no art. 254-A da Lei das S.A., assegurando que, na alienação de controle acionário de uma companhia, o adquirente se comprometa a realizar oferta pública de aquisição de ações (“OPA”) por, no mínimo, 80% do valor pago pelas ações integrantes do bloco de controle.

^{xvi} Eis a tabela que produziram:

Probabilidade(%)	0	1	2	5	10	20	50	80	90	95	98	99	100
Peso de decisão	0	5,5	8,1	13,2	18,6	26,1	42,1	60,1	71,2	79,3	87,1	91,2	100

A neurociência confirma essas observações indicando que as variações de probabilidade registradas pelo cérebro são notavelmente semelhantes aos pesos de decisão estimados a partir de escolhas (HSU, KRAJBICH, ZHAO e CAMERER, 2009).

^{xvii} O padrão é estruturado da seguinte forma: (i) a fileira de cima de cada célula mostra uma perspectiva ilustrativa (chance de ganhar ou de perder “x”); a (ii) segunda fileira caracteriza a emoção central que a perspectiva evoca; a (iii) terceira mostra como a maioria das pessoas se comporta quando recebe a oferta de uma escolha entre aposta e certeza de um ganho (ou perda) e o padrão é “aversão ao risco se a coisa segura é preferida” e “busca ao risco se a aposta é preferida”; a (iv) quarta fileira mostra a atitude esperada do autor ou do réu na discussão de uma acordo em uma ação civil (KAHNEMAN, 2012, p. 395-396).

^{xviii} O que o quadro descreve, portanto, é uma forte tendência que as pessoas terão de fazer um acordo, pagando uma espécie de “ágio” para se tomar o certo em lugar do duvidoso e eliminando a chance de uma decepcionante perda, ainda que a um custo maior do que ela valha aos olhos da teoria econômica clássica. Por exemplo, a certeza de se ganhar R\$9.500,00 será, em geral, preferível ao risco que se assume nome posição na qual se tem 95% de chance de ganhar R\$10.000,00, embora sejam situações economicamente equivalentes do ponto de vista do agente racional modelo.

^{xix} O fenômeno é conhecido como “efeito de possibilidade” e explica por que milhares de pessoas compram bilhetes da Mega Sena por um valor muito superior ao que seria a efetiva expressão econômica da chance que estão adquirindo. Aqui, paga-se o “ágio” para se trocar a posição de “chance nenhuma” pela de “alguma chance”, mesmo sabendo da desproporção que segue enriquecendo os donos de loterias e cassinos mundo afora. “Sem um bilhete você não pode ganhar, com um bilhete você tem uma chance, e seja essa chance ínfima ou meramente pequena, faz pouca diferença. [...] o que as pessoas adquirem quando compram um bilhete é muito mais do que a chance de ganhar; é o direito de sonhar agradavelmente com ganhar” (KAHNEMAN, 2013, p. 396)

^{xx} O quadro mostra que, em geral, as pessoas são propensas a pagar pela segurança, mais do que os riscos efetivamente exigem. O “ágio” é pago pela eliminação ou compensação do risco. É aqui que as seguradoras costumam ganhar dinheiro. Ao se fazer um seguro de vida anual ainda em meia idade e sem problemas de saúde aparente, contraria-se as expectativas normais de longevidade para se dormir com a tranquilidade de que um evento inesperado trará algum conforto financeiro para o restante da família. Mas se você for dono de uma grande frota de carros, constatará facilmente que fazer seguro de acidentes para cada um deles pode não ser um bom negócio.

^{xxi} Como a perda certa é muito aversiva, a pessoa tende a assumir o risco de uma perda ainda maior, sem avaliar com exatidão as expressões econômicas em jogo. Inverte-se, em certa medida, o raciocínio do quadro um, a certeza de se perder R\$9.500 é muito mais aversiva do que 95% de chance de se perder R\$10.000,00, embora sejam economicamente equivalentes em termos clássicos. É por isso que, não raro, pequenos empresários que investiram todas as suas economias no sonho de um negócio próprio relutam em jogar a toalha e realizar o prejuízo que tiveram e acabam comprometendo ainda mais o patrimônio próprio e às vezes da família em um negócio que tem mínimas chances de prosperar. É a chamada “falácia do custo afundado” na qual também incidem grandes empresas que investem muitos recursos em projetos que, depois de iniciados, se mostram de viabilidade duvidosa, e acabam pagando muito mais do que o necessário para evitar a perda dos investimentos já realizados, ao invés de começarem tudo “do zero” outra vez com os recursos que usaram para “salvar” o projeto anterior. O padrão quádruplo também reflete a atitude de investidores inexperientes na bolsa de valores. Quando estiverem ganhando, provavelmente venderão suas ações antes do momento, com medo de perderem a valorização e, quando estiverem perdendo, manterão as ações na esperança de que elas se valorizem, pela aversão à perda que a realização do prejuízo geraria. Neste padrão, “[...] pessoas que enfrentam opções muito ruins fazem apostas desesperadas, aceitando uma alta probabilidade de deixar as coisas piores em troca de uma pequena esperança de evitar uma grande perda. A tomada de risco desse tipo com frequência transforma fracassos admissíveis em desastres. O pensamento de aceitar a grande perda certa é doloroso demais, e a esperança de completo alívio, atraente demais, para tomar a decisão sensata de que chegou a hora de diminuir os prejuízos”. (KAHNEMAN, 2012, p. 396).

^{xxii} Kahneman (2013, p. 398) dá notícia da convincente aplicação do padrão quádruplo em situações de potencial acordo entre autor e réu em demandas cíveis feitas pelo jurista norte-americano Chris Guthrie. Como esperado, as posturas variam de acordo com a perspectiva fornecida pela posição do autor ou do réu no processo.

^{xxiii} A matéria sobre o assunto está disponível em <http://www.otempo.com.br/cidades/ind%C3%BAstria-da-a%C3%A7%C3%A3o-trabalhista-%C3%A9-golpe-conhecido-no-direito-1.1075734>

^{xxiv} É claro que muitas vezes o trabalhador nem sabe que poderia ganhar muito mais, mas é a atração pelo ganho rápido, contra a incerteza de uma demanda de desfecho incerto um dos elementos do golpe.

^{xxv} Os exemplos de aversão à perda foram empiricamente testados com alunos e juízes e confirmados por estudos com dados coletados de 16 países diferentes em 2010 (KAHNEMAN, 2012, p. 399).

^{xxvi} Ao tomar decisões e avaliar o mundo “objetivo”, precisamos estar conscientes de que o próprio (olhar do) observador interfere no objeto observado, já que não temos acesso ao mundo senão por aquilo que o cérebro constrói; e se a assim chamada “razão” muitas vezes sequer tem acesso aos circuitos interiores que disputam o resultado de nossas escolhas e ações; para espanto de muitos não pode haver uma decisão “puramente” racional!