

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS II**

ALICE ROCHA DA SILVA

MARCOS LEITE GARCIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Alice Rocha da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-623-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II

Apresentação

Prevenir é sempre melhor do que remediar! No caso de conflitos sociais esta máxima é válida, mas nem sempre possível. Por essa razão, o desenvolvimento de formas de solução de conflitos é imprescindível para a busca de harmonia social e retomada do 'status quo'. Formas de solução de conflito podem ser impostas ou desenvolvida a partir da participação e consenso das partes envolvidas, sendo esta última modalidade mais efetiva para o alcance do objetivo pretendido, qual seja, a solução do conflito. No Grupo de Trabalho "FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II" foram apresentados diversos trabalhos interessantes, demonstrando o empenho da academia e dos profissionais na busca por novas práticas de solução de conflitos. Foram abordados pontos gerais do estudo da temática como nos artigos " Arbitragem e acesso à justiça", "A judicialização das relações sociais e a adoção dos meios consensuais de solução de conflitos", "Educação para a solução de conflitos por meios alternativos: conciliação e mediação" e "Aplicando a neurociência nos ADRS: a influência do efeito de ancoragem nos acordos de conciliação". Tais artigos apresentam o quanto a educação pode ser transformadora dos processos de mediação e conciliação de conflitos, sendo que a partir da neurociência, temos novos instrumentos de impulsão e transformação social.

Em seguida, áreas específicas foram destacadas no desenvolvimento das pesquisas, entre elas o direito administrativo, empresarial, civil e penal. Demonstrando por estudos teóricos e empíricos novas formas de implementação de instrumento de solução de conflitos. No direito administrativo foi apresentado "Câmaras de conciliação e mediação, no âmbito da administração pública, enquanto instrumento de efetivação do direito à saúde" e "O "Tribunal Multiportas" como instrumento de efetivação da política judicial nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses", associando conceitos teóricos com casos práticos. No campo do direito empresarial, onde temos maior vivência dos casos de arbitragem foi apresentado "Mediação empresarial como sistema de gestão de conflito: uma análise das vantagens da aplicação do método". De modo mais inovador, tivemos a apresentação dos métodos de solução de conflito no âmbito do direito civil nos artigos "A constelação familiar e sua contribuição ao tratamento consensual dos conflitos" e "Mediação transformativa no direito de família: tratando a lide sociológica". De forma bastante empírica e interligada, foram apresentados trabalhos na esfera do direito penal. Dois deles relacionados com casos de violência doméstica: "Justiça restaurativa e violência doméstica. Convivência ou rejeição? Aspectos teóricos e práticos." e "A justiça restaurativa como instrumento de acesso à justiça

penal nos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher". Para finalizar foram apresentados três artigos que demonstram uma esperança para o sistema prisional bastante prejudicado em nosso Estado: "Direito penal, humanismo e justiça restaurativa", "Mediação prisional como forma de pacificação dos conflitos internos do cárcere" e "Aplicação da justiça penal restaurativa aos adolescentes infratores".

Demonstra-se portanto a infinidade de ações que ainda devem ser construídas na implementação de soluções alternativas para a solução de conflitos, mudando o viés da busca pela solução eminentemente judicial. Novos tempos pedem novas alternativas e se não conseguimos eliminar os conflitos, devemos repensar formas de solução consensual dos mesmos.

PROFA. DRA. ALICE ROCHA DA SILVA - UniCEUB

PROF. DR. MARCOS LEITE GARCIA - UNIVALI

APLICANDO A NEUROCIÊNCIA NOS ADRS: A INFLUÊNCIA DO EFEITO DE ANCORAGEM NOS ACORDOS DE CONCILIAÇÃO.

APPLYING NEUROSCIENCE IN ADRS: THE INFLUENCE OF THE ANCHORAGE EFFECT ON CONCILIATION AGREEMENTS

Marcella Mourao De Brito ¹
Tais Vasconcelos Cidrao ²

Resumo

O presente trabalho, através de pesquisa empírica e bibliográfica, visa explorar a influência da neurociência, em especial do viés cognitivo chamado “efeito de ancoragem” nos acordos surgidos através de audiências de conciliação. A heurística relacionada ao tema é detalhada pelo ganhador do Prêmio Nobel de Economia Daniel Kahneman no seu livro “Rápido e Devagar”. Relacionando os dois temas, questiona-se quanto livre arbítrio a parte tem na formulação de um acordo realizado em sessão de conciliação. A conclusão a que se chegou foi a de que o efeito de ancoragem, consegue influenciar as partes quando da realização de uma composição judicial.

Palavras-chave: Conciliação, Neurociência, Efeito ancoragem, Neurolaw

Abstract/Resumen/Résumé

The present work, through empirical and bibliographical research, aims to explore the influence of neuroscience, especially the cognitive bias called "anchoring effect" in agreements that have emerged through conciliation hearings. The well-detailed heuristic related to the topic is detailed by the winner of the Nobel Prize in Economics Daniel Kahneman in his book "Thinking, Fast and Slow." Relating the two themes, one questions how much free will the party has in the formulation of an agreement made in conciliation session. The conclusion reached was that the anchoring effect, can influence the parties when performing a judicial composition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conciliation, Neuroscience, Anchor effect, Neurolaw

¹ Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

² Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, entende-se a neurociência como um ramo científico interdisciplinar que colabora com outros campos como a química, antropologia, lingüística, psicologia, comunicação, dentre outros. Estudos relativamente recentes (que começam a datar da década de '90) têm entrelaçado o conhecimento biológico-comportamental com o estudo do Direito, dando origem à *Neurolaw*, que explora as descobertas no ramo da neurociência dentro de instituições e produtos tipicamente jurídicos. Com isso, muitas pesquisas, principalmente na área da criminologia (*criminal law*), têm gerado efeito positivo na resolução de demandas jurídicas.

O que se discute em grande parte não é somente como a neurociência pode influenciar o sistema legal, mas também, em primeiro caso, se ela deve ou não ser usada. A neurociência deve ser utilizada para influenciar comportamentos dentro do direito? Se sim, por quem? Que tipo de perigos isso pode trazer para a sociedade ou para o indivíduo em si? Essa e outras perguntas têm sido feitas por estudiosos que investem seu tempo na pesquisa sobre o comportamento humano.

A neurociência aplicada ao Direito está ainda ganhando espaço no mundo acadêmico, mas suas descobertas já se demonstram efetivas. Certamente o estudo do comportamento humano tem todas as ferramentas necessárias para conseguir, de forma efetiva, moldar futuros aspectos legais. Novos *insights* acerca da capacidade cognitiva estão constantemente sendo construídos, e eles batem de frente com as visões tradicionais (e de certa forma primitivas) do cérebro que predominam na esfera jurídica há séculos.

Sabendo-se da possibilidade do uso indevido, o mundo jurídico acertadamente tem agido com cautela, avançando devagar rumo a uma visão mais profunda a respeito dos processos de pensamento humano e como influenciá-los para um ou outro resultado. Os estudiosos da área estão rapidamente descobrindo novas maneiras de intercambiar influências nos mais diferentes contextos e áreas do Direito, fazendo com que esta seja uma experiência inovadora e ao mesmo tempo positiva.

O presente trabalho científico visa explorar a influência da neurociência, em especial do viés cognitivo chamado “efeito de ancoragem” (cuja heurística, como será melhor explorado mais a frente, foi bem detalhada pelo ganhador do Prêmio Nobel de Economia Daniel

Kahneman no seu livro “Rápido e Devagar”), nos acordos surgidos através de audiências de conciliação. A pergunta-problema que originou este estudo foi a seguinte: o “efeito de ancoragem” tolhe o livre arbítrio “puro” do indivíduo quando da escolha do seu próprio acordo dentro da sessão de conciliação (considerada uma forma de autocomposição)? Se sim, em que medida?

O interesse em pesquisar a presente temática surgiu a partir da experiência prática vivida pelas autoras enquanto realizavam o estágio supervisionado do curso de formação de mediadores judiciais e conciliadores promovido pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), de acordo com o disposto pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A metodologia, portanto, foi a utilização de uma pesquisa de campo, ao todo somando-se 90 horas/sessões de conciliação no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) do Fórum Clóvis Beviláqua localizado em Fortaleza – Ceará. Obviamente, sem prejuízo de uma pesquisa bibliográfica adequada e suficiente para embasar a hipótese inicial que queria se testar, qual seja: há sim influência do viés cognitivo “efeito de ancoragem” nos acordos realizados dentro da conciliação.

Ressalte-se que o presente artigo não visa a exaustão da temática. Muito pelo contrário, o que se busca com o trabalho é chamar atenção para a problemática encontrada e também servir de base para futuras pesquisas a serem realizadas por outros pesquisadores da área (seja da neurociência ou dos meios alternativos de gestão de conflitos).

O trabalho terá uma estruturação condizente com seu objetivo principal. Ou seja, num primeiro momento será feita um breve aporte acerca do instituto da conciliação em si, trazendo os aspectos mais importantes para sua compreensão e análise. Em seguida, serão melhor explorados aspectos da neurociência e, em especial, do “efeito de ancoragem”, com uma contextualização mais bem elaborada para que o leitor se familiarize com a temática. E, finalmente, no último capítulo é que será analisada, de fato, a relação entre os dois de uma forma mais verticalizada.

2 APORTES SOBRE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO DE CONFLITOS E CONCILIAÇÃO.

Os métodos alternativos de gestão de conflitos, ou *alternative dispute resolutions*, surgiram nos Estados Unidos, no final da década de 70 através de iniciativas como os Tribunais Multiportas (*Multi-door courthouse*). Tais tribunais consistem em uma espécie de centros de

justiça, nos quais o Estado oferece opções de procedimentos (e consequentemente de resultados) adequados para cada tipo de conflito e não uma abordagem do tipo *one-size-fits-all* (PANTOJA; ALMEIDA, 2017, p. 59).

Tratam-se de métodos de resolução de litígios que não necessariamente necessitam de auxílio do poder estatal e prescindem uma adjudicação para a decisão da disputa. Desta forma, os MASC's ou ADR's não substituem ou excluem o Poder Judiciário. Ao contrário, com ele cooperam, pois viabilizam o diálogo entre as partes e estão passíveis do controle estatal. No Brasil, a autocomposição restou albergada como um instituto positivado no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), através da conciliação e da mediação.

Os métodos alternativos de gestão de conflitos utilizam de técnicas de negociação para viabilizar o diálogo entre as partes. A negociação, de uma maneira sucinta, consiste no processo de diálogo entre duas partes, sem a presença de um terceiro imparcial, visando a consecução de um acordo satisfatório. Pode ser classificada como adversarial, caracterizada pelo perde-ganha, ou colaborativa, onde todos cooperam para maximizar os ganhos.

Acontece que, quando não se obtém êxito na negociação direta, as pessoas em conflito buscam um terceiro imparcial possa assisti-las na negociação. Na mediação, procedimento indicado para a abordagem de conflitos em relação continuada, o terceiro é mero facilitador do diálogo entre as partes. Ou seja, a ele não é permitido fazer sugestões ou propostas, bem como tem o dever de confidencialidade e a ele é exigida a capacitação em técnicas específicas para a abordagem do conflito. Caso a mediação ocorra no curso de um processo judicial, o acordo é anexado aos autos do processo para homologação judicial.

Já a conciliação, objeto do presente estudo, em sua acepção jurídica, é uma fase do processo judicial (inclusive com previsão legal), em que as partes comparecem à audiência, na presença do conciliador, com o fito de dialogar em direção a um acordo. A diferença precípua em relação à mediação é o caráter mais ativo do conciliador. Lançando mão de técnicas específicas, pode participar mais ativamente, elaborar propostas e emitir opinião, já que a conciliação tem um escopo voltado precipuamente para a construção da composição, ou seja, uma resolução pontual da controvérsia (ALMEIDA; PANTOJA, 2017, p. 94).

a conciliação atualmente é (ou ao menos deveria ser), um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajuda-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo (BRASIL, 2015, p. 22).

Tartuce (2015, p. 47), entende a conciliação como uma autocomposição bilateral facilitada. Isto porque pode resultar em um acordo facilitado por um conciliador capacitado para tanto, que não é o julgador da causa, evitando complicações futuras, com dispêndio de tempo e dinheiro. No contexto processual, tal acordo deverá ser homologado por juiz competente.

Por tal técnica de autocomposição, um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto. (TARTUCE, 2015, p. 48),

Um dos ramos de estudo de psicologia comportamental que aborda o tema é a Teoria dos Jogos, que consiste em um dos ramos da economia aplicada a diversas áreas do conhecimento. Acredita-se que as decisões dos indivíduos são interligadas, dependendo do comprometimento da pessoa com aquele com quem interage, o que se assimila a um jogo, já que, em um jogo, verifica-se participantes, estratégias, regras, ganhos e perdas. (HAIMENIS; FERNANDES, 2017, p. 185).

Na teoria dos jogos, especificamente o “Equilíbrio de Nash”, acredita-se que a cooperação maximiza os ganhos individuais. Ou seja, com a colaboração, chega-se a um equilíbrio. O exemplo bastante utilizado nesse sentido é o do “Dilema do prisioneiro”. Neste exemplo, dois prisioneiros ficam em celas separadas. Questionados a cooperar para minimizar a perda de liberdade, lhes é dito que existem quatro possíveis resultados. O primeiro deles, se um confessar o crime e entregar o cúmplice, sua sentença será reduzida e o outro será condenado em pena máxima.

O segundo, se um confessar e o outro não, o primeiro será libertado e o segundo receberá pena máxima. Terceiro, se os dois confessarem, ambas as penas serão reduzidas. Por fim, se nenhum confessar, ambos receberão a pena mínima por crimes de menor gravidade (HAIMENIS; FERNANDES, 2017, p. 185). Em suma, para facilitar o entendimento, o Dilema do prisioneiro funciona como no quadro a seguir:

Quadro 1: Como funciona o Dilema do prisioneiro

		Você	
		Negar (cooperar)	Confessar (trair)
Parceiro	Negar (cooperar)	1 ano, 1 ano	5 anos, livre
	Confessar (trair)	livre, 5 anos	2 anos, 2 anos

Fonte: (NUNES, 2018, *online*)

Desta forma, os prisioneiros são convidados a refletirem pela melhor possibilidade de escolha para a situação vivida. Assim, o que se espera é a adoção de uma visão colaborativa, o que relaciona a teoria dos jogos à mediação e os demais métodos alternativos de solução de conflitos. Isto porque provoca uma postura de cooperação e busca pela melhor opção para todos mesmo em uma situação adversa.

Dessa forma, a teoria dos jogos se mostra importante para o atrelamento da negociação à conciliação, já que, para que obtenham o melhor acordo, as partes devem se comprometer a adotar uma postura colaborativa e com intenção ao futuro.

O modelo de negociação de Harvard, idealizado por Ury e Fisher (2013) funda-se na negociação baseada em princípios. O método consiste em deliberar os assuntos em pauta de negociação levando em conta os méritos e buscando alijar as posições de quem está à frente da negociação. Assim, sugere a opção de ganhos mútuos, sempre que possível, em que as partes fiquem satisfeitas, e o acordo seja baseado em padrões justos e independentes das vontades de cada lado. Para tanto, possui quatro pilares para uma negociação baseada em princípios: *separe as pessoas do problema; concentre-se em interesses, não em posições; invente múltiplas opções; insista que o resultado tenha por base um padrão objetivo*. Tal método também diferencia posições de interesses, assim como cooperação de competição.

A negociação competitiva, em contrapartida, utiliza de diversas técnicas para estabelecer a estratégia no momento da sessão de conciliação ou mediação. As táticas competitivas de Cooley (2001), ajudam a compreender de que ferramentas se argumenta nesta pesquisa. Sem a pretensão de esgotar todas as táticas, traz-se algumas técnicas importantes para fins de ancoragem baseada na *neurolaw*. A primeira delas é a tática de oportunidades alternativas. A parte sugere que há chances para negociação, porém incluindo pessoas ou empresas que não fazem parte da negociação. Na técnica de *fazer-se de bobo*, a parte finge ser menos competente do que o advogado da outra parte e assim consegue a primeira concessão do advogado oponente.

A tática de *blefar* consiste em a parte declarar a intenção de fazer ou não fazer algo, aparentemente sem comprometimento, mas na verdade intenciona modificar o posicionamento posteriormente. Ao *fingir*, a parte parece mudar de posição em uma direção, com a finalidade de distrair do verdadeiro objetivo para assim alcançá-lo. Na *autoridade limitada*, a parte alega uma limitação real ou fingida de seus poderes para entrar em acordo para além de um determinado valor, e assim forçar concessões de seus oponentes. Usando a técnica da *reversão*, a parte toma situação ofensiva em relação a uma questão específica depois de ter se mostrado defensivo em relação à outra questão, com o intuito de tirar vantagem, pelo menos temporária, mediante um movimento de surpresa.

Todas as técnicas demonstradas¹ são importantes para a compreensão da existência da ancoragem nos processos de negociação em sessão de conciliação. Impende ressaltar que os dois métodos de negociação não se excluem entre si, apenas sugerem uma abordagem em que a negociação pode ser baseada. Através do trânsito entre as duas técnicas, ainda que de maneira intuitiva, as partes sentem-se seguras para iniciar uma base de diálogo, e assim mantêm-se visando o caminho da celebração de um eventual acordo.

Apesar de os métodos alternativos de gestão de conflitos utilizarem técnicas da negociação, principalmente no modelo construído em Harvard, na conciliação as partes prendem-se principalmente a princípios da negociação adversarial, como a lógica da barganha posicional. Na conciliação, as partes permanecem ligadas na busca pelo melhor interesse. É aí que a ancoragem guarda relação com a conciliação. Portanto, tal dinâmica guarda intensa relação com o efeito de ancoragem que será delineado a seguir.

¹ Para conhecer todas as técnicas criadas por John W. Cooley, importante consultar a obra “A advocacia na mediação”.

3 NEUROLAW E O EFEITO DE ANCORAGEM

Talvez a maioria das pessoas não saibam explicar, de fato, o que o termo neurociência significa. O que é justificável, pois não é uma tarefa tão fácil quanto parece. Seus ramos exploram abordagens da neuropsicologia (que estuda a interação entre os componentes nervosos e as funções ligadas à área psíquica), neurociência cognitiva (ligada essencialmente à capacidade cognitiva do ser, como por exemplo, o raciocínio, aprendizado e a memória), neurociência comportamental (que estabelece uma linha entre os fatores internos do organismo, como exemplo emoção e pensamentos, aos fatores chamados externos ou visíveis, à exemplo da fala, postura e reações), neuroanatomia (que estuda toda a estrutura do sistema nervoso), dentre outras.

O progresso do conhecimento da fisiologia do cérebro não fará as disputas filosóficas sobre a natureza da mente desaparecerem, mas pode provocar uma mudança do estilo de discussão: em vez de um confronto de posições em nível puramente teórico, pode-se passar a discussões baseadas na interpretação dos dados empíricos (PEREIRA JÚNIOR, 2010, *online*).

Em suma, hoje se sabe que se trata de um ramo multidisciplinar, mas que por muito tempo foi associado apenas ao estudo do cérebro tão somente para fins de estudos biológicos/fisiológicos. “A interação entre cérebro, corpo e ambiente envolve difíceis problemas epistemológicos relativos à influência de padrões externos de informação na sinapse e na atividade metabólica do neurônio, e à gênese da intencionalidade subjacente à consciência” (PEREIRA JUNIOR, 2010, *online*).

Psychology instructs us that the needs of human reality impose cognitive limits on mankind that restrict inputs into the decision-making process, leading to seemingly irrational choices. Neuroscience teaches us that the structure and activity of the brain influence human choices and that physiological damage can radically alter decisions and perceptions of rationality. Other ideas such as prospect theory and optimism bias that result in the misperception of odds and risks are evaluated as factors that likewise limit the process of rational choice² (PARISI, SMITH, 2005, *online*).

Como uma forma de se entender o comportamento da mente humana, os esforços empregados a esse tipo de estudo requerem uma larga pesquisa de campo, de forma que envolva testes aplicados repetidas vezes em um espaço amostral consideravelmente satisfatório (até para

²A psicologia nos instrui que as necessidades da realidade humana impõem limites cognitivos à humanidade que restringem os insumos ao processo de tomada de decisão, levando à escolhas aparentemente irracionais. A neurociência nos ensina que a estrutura e a atividade do cérebro influenciam as escolhas humanas e que o dano fisiológico pode alterar radicalmente as decisões e percepções da racionalidade. Outras idéias como a teoria de perspectiva e o viés de otimismo que resultam na percepção errônea de probabilidades e riscos são avaliados como fatores que também limitam o processo de escolha racional. (tradução nossa).

não cair no pecado da lei dos pequenos números, na qual a amostra é pequena demais para se fazer qualquer inferência com o mínimo de certeza³).

O estudo do consciente, ou seja, a habilidade de se perceber a relação entre si mesmo e o ambiente em que se vive, é um assunto já muito estudado na psicologia. O estudo do inconsciente, entretanto, só veio a se ter maior relevância com os escritos de Sigmund Freud. O autor em questão veio a ensinar que há um significado no esquecimento, ou seja, ainda que não aparente ao indivíduo, essa parte da mente humana consegue influenciar condutas e comportamentos que, de uma forma consciente jamais se saberia explicar. É daí que vem o conceito de “estímulo subliminar”, que é, claro, um estímulo que não consegue ser detectado pelo consciente. Ou seja, um estímulo que está abaixo do limiar de consciência do indivíduo, pois não consegue ser detectado pelos limites sensoriais receptores.

The typical conception of the mind in the neuroscience literature is simply that the mind is the brain. The phenomena that we associate with mental life (e.g., thinking, believing, knowing) are equated with the workings of the brain or particular brain structures. For this reason, the mind is “reduced” to the brain in the sense that the operations of the mind are held to be fully explicable in terms of the operations of the brain. Once this reduction takes place, there is nothing about the mind left to explain or understand⁴ (PARDO; PATTERSON, 2010, p. 1218).

Em relação ao Direito, pode-se identificar algumas áreas de atuação da neurociência, como: “(1) *lie detection*, (2) *voluntary action and mental states in criminal law*, (3) *economic decision making*, (4) *moral decision making*, and (5) *jurisprudential questions regarding the nature of law and legal reasoning*”⁵(PARDO; PATTERSON, 2010, p. 1215).

Os estudiosos desse ramo procuram explicar o comportamento humano em um nível causal. O reducionismo que é “a mente é o cérebro” aspira a nada menos do que a substituição da crença, desejos e intenções pela linguagem da neurociência. Todo movimento (seja ele tomadas de decisões conscientes ou inconscientes, estas últimas como sendo aquelas dadas de

³ Vide também a obra “Rápido e Devagar” de Daniel Kahneman, em especial, o capítulo 10.

⁴A concepção típica da mente na literatura sobre neurociências é simplesmente que a mente é o cérebro. Os fenômenos que associamos à vida mental (por exemplo, pensar, acreditar, conhecer) são equiparados ao funcionamento do cérebro ou estruturas específicas do cérebro. Por esta razão, a mente é “reduzida” ao cérebro, no sentido de que as operações da mente são consideradas totalmente explicáveis em termos das operações do cérebro. Uma vez que esta redução ocorre, não há nada sobre a mente deixada para explicar ou entender. (tradução nossa).

⁵ (1) detecção de mentiras, (2) ação voluntária e estados mentais em direito penal, (3) tomada de decisão econômica, (4) tomada de decisão moral e (5) questões jurisprudenciais sobre a natureza da lei e o raciocínio jurídico. (tradução nossa).

forma “automática” pelo cérebro⁶) é “causado” (ou influenciado), em outras palavras, nenhuma atitude de ação humana não-causal é permitida.

Os seres humanos têm a sensação de serem influenciadores do mundo sem serem influenciados, o que não verdade. Estudiosos mais radicais afirmam:

We are no more responsible for our actions than the apple that falls from the tree. Both the apple and we are simply material objects beholden to the physical laws of the universe. We are not special. Our minds do not animate physical objects (i.e., our bodies). Like other folk psychological notions, “mind” is an illusion⁷ (PARDO; PATTERSON, 2010, p. 1247).

Não se sabe se é correto afirmar que existe algum comportamento humano 100% (cem por cento) independente aos acontecimentos naturais. Isso é discutível. Para a neurociência, não existe determinismo quando o assunto é seres humanos, tudo acontece sobre o teto da causalidade. Não é por acaso que as ações/reações parecem ser causadas pelos próprios estados mentais de cada um.

Em um experimento relatado por Leonard Mlodinow em sua obra “Subliminar”, cientistas pediram que pessoas que já tivessem visitado a Disneylândia lessem uma falsa propaganda, qual seja:

Imaginar como foi ver o coelho Pernalonga com os próprios olhos, bem de perto. [...] Sua mãe o empurra na direção do coelho para que apertem as mãos, à espera do momento certo para a fotografia. Você não precisa ser convencido; porém, quanto mais você chega perto, maior ele fica. [...] Mas, você acha, ele não parece tão grande na TV. [...] E a emoção é grande. Pernalonga, o personagem que você idolatra na TV, está a poucos metros de distância. [...] Seu coração para de bater, mas suas mãos não param de suar. Você as enxuga antes de estender o braço para apertar a mão dele (MLODINOW, 2013, p. 91).

Após lerem o anúncio, foram indagados em um questionário a respeito das suas experiências na Disneylândia. Mais de ¼ dos participantes lembraram de ter encontrado o coelho Pernalonga. Destes ¼, 62% se lembraram do aperto de mão e 46% recordaram ter dado

⁶ Sobre essa colocação sobre respostas automáticas ou pensadas, Daniel Kahneman apresenta duas formas de pensar. A primeira, que ele chama de rápida e advinda do “sistema 1”, é intuitiva, emocional e com pouco ou nenhum senso de controle voluntário, e a outra (advinda do “sistema 2”, mais lenta, deliberativa e racional. Para mais explicações vide a obra “Rápido e Devagar” de Daniel Kahneman, que é um obra sobre a tomada de decisões de uma forma geral, uma forma alternativa de ver o mundo. Segundo o autor, o “objetivo principal é apresentar uma visão de como a mente funciona baseando-se em progressos da psicologia cognitiva e social. Um dos progressos mais importantes é o de que agora compreendemos não só os prodígios como também as falhas do pensamento intuitivo” (KAHNEMAN, 2012, p. 19).

⁷“Não somos mais responsáveis por nossas ações do que a maçã que cai da árvore. Tanto a maçã como nós somos simplesmente objetos materiais que estão sujeitos às leis físicas do universo. Não somos especiais. Nossas mentes não animam objetos físicos (ou seja, nossos corpos). Como outras noções psicológicas populares, a ‘mente’ é uma ilusão”. (tradução nossa).

um abraço ele (um deles até lembrou que o coelho segurava uma cenoura!). O curioso é que esse encontro jamais poderia ter ocorrido na vida real, já que o coelho Pernalonga é personagem da Warner Brothers e não da Disney (MLODINOW, 2013, p. 92). Os seres humanos são altamente influenciáveis por falsas memórias, que podem ser induzidas apenas por um comentário casual ou um gesto sem pretensão.

Aprofundando ainda mais a temática, o efeito de ancoragem foi primeiramente demonstrado dentro de um contexto de estimativas numéricas e se refere à influência de números não informáticos ou irrelevantes na cognição numérica. Acontece, nas palavras do autor:

Quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram – por isso a imagem de uma âncora. [...] Qualquer número que lhe peçam para considerar como solução possível para um problema de estimativa induzirá um efeito de ancoragem (KAHNEMAN, 2012, p. 152-153).

O efeito de ancoragem, diferentemente de outros fenômenos da psicologia, pode ser medido e demonstrado. Em seu livro, Kahneman compartilhou um experimento realizado no museu Exploratorium, em São Francisco. Inicialmente, a atividade consistia em duas perguntas básicas feitas aos visitantes: “A altura da sequóia mais alta é maior ou menor do que 365 metros?”, e “Qual sua melhor estimativa sobre a altura da sequóia mais alta?”. Na primeira pergunta, pode-se perceber claramente a âncora (365 metros). Como já esperado pelos cientistas, os dois grupos (é importante ressaltar que cada grupo não teve acesso à pergunta do outro grupo) forneceram respostas bem diversas. As médias das duas respostas foram 257 metros para a primeira pergunta e 86 metros para a segunda. A diferença entre eles foi de 171 metros!

Outro experimento curioso foi relatado na obra: duas perguntas foram feitas (também para dois grupos apartados (o grupo que respondeu à primeira pergunta não respondeu a segunda e vice-versa), quais sejam: 1) Gandhi tinha mais ou menos 144 anos de idade quando morreu? 2) Qual a idade de Gandhi quando morreu? É claro que a média entre as duas respostas divergiram muito. As pessoas (que realmente estavam atentas ao experimento) do primeiro grupo não acharam realmente que Gandhi tinha 144 anos no momento da sua morte. Mas seu cérebro, ao entrar em contato com a âncora, ajustou a estimativa de uma idade que fosse próxima, embora mais baixa, à 144. A “sugestão” criada pela ancoragem é um efeito de *priming*, que evoca seletivamente evidência compatível. As pessoas do primeiro grupo não

imaginaram de fato que ele faleceu aos 144 anos de idade (ao invés dos 78 de fato), mas criaram uma imagem associativa de que Gandhi era uma pessoa muito velha à época da sua morte. Essa influência foi suficiente para atrair a intuição a acreditar naquilo que se queria que o grupo 1 acreditasse. E funcionou perfeitamente.

Uma coisa é certa: “âncoras não devem seus efeitos ao fato de as pessoas acreditarem que elas são informativas” (KANEMAN, 2012, p. 160), ou seja, seus efeitos acontecem sem nem mesmo as pessoas perceberem que estão sendo influenciadas. A mera sugestão “despretensiosa” de um número (como no exemplo supracitado) foi capaz de influenciar decisões acerca da altura da maior sequóia.

Esse efeito de âncoras tem sido muito usado nos estudos heurísticos de cognição numérica, por exemplo, para implicações de preço e em direito negocial/financeiro (CHANG; LUO; REN, 2012) (MA; WHIDBEE; ZHANG, 2016) (POGARSKY; BABCOCK, 2000) (SIDDIQI, 2016) (SIMONSON; DROLET, 2003) (THOMAS; MORWITZ, 2007) (VISCUSI; MASTERMAN, 2017). Vê-se muito o efeito de ancoragem, também, em anúncios de comércio *online*, nos quais o mesmo produto às vezes é oferecido por diferentes preços de “compre já” (KAHNEMAN, 2012, p. 159). Outra âncora bastante conhecida é a “estimativa” em leilões de arte, a qual influencia o primeiro lance (HONG et al, 2014).

No próximo capítulo explorar-se-á a influência dos efeitos da ancoragem, não para a cognição numérica, mas sim sua influência dentro do próprio sistema de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mais especificamente no âmbito da conciliação. Tentará aqui se comprovar que a influência está para além dos números, que a âncora consegue sugerir ou persuadir uma relação tão pessoal e íntima que são os conflitos sociais.

4 ANCORANDO UM ACORDO NA CONCILIAÇÃO

Apesar de os métodos alternativos de gestão de conflitos utilizarem técnicas da negociação, principalmente no modelo construído em Harvard, na conciliação as partes prendem-se principalmente à princípios da negociação adversarial, como a lógica da barganha posicional. Na conciliação, as partes permanecem ligadas na busca pelo melhor interesse. É aí que a ancoragem guarda relação com a conciliação.

Assumir posições, como fazem a cliente e o comerciante, serve a alguns propósitos úteis em uma negociação. Comunica à outra parte o que você deseja; cria uma âncora em uma situação incerta e de pressão; e pode finalmente produzir os termos de um acordo aceitável. Entretanto, esses propósitos podem levar a outros caminhos. E a

barganha posicional não atende à critérios básicos para a produção de acordos sensatos de forma eficiente e amigável (FISHER; ROGER, 2013, p. 28).

É neste sentido que irá permear toda a argumentação sobre a existência de ancoragem nas negociações conciliatórias, em que os envolvidos buscam a satisfação de suas necessidades (interesses), em um processo de comunicação no sentido de obter um acordo mais vantajoso possível. A problemática surge quando se questiona, até que ponto, a ancoragem influencia as tratativas de acordo, ou seja, se restringe ou orienta o pensamento das partes envolvidas na questão.

Se o conteúdo de um irrelevante descanso de tela num computador pode afetar sua disposição de ajudar estranhos sem que você se dê conta disso, até onde vai sua liberdade? Efeitos de ancoragem são ameaçadores de maneira similar. Você sempre tem consciência da âncora e até presta atenção nela, mas não sabe como ela orienta e restringe seu pensamento, pois não pode imaginar como teria pensado se a âncora tivesse sido diferente (ou ausente). Porém, você deve presumir que qualquer número que esteja sobre a mesa teve um efeito de ancoragem em você, e se o que está em jogo é muito valioso, você deve mobilizar (mobilizar seu sistema 2) para combater o efeito (KAHNEMAN, 2012, p. 163).

As pessoas ao redor do mundo estão muito ocupadas achando que estão no controle, no controle de situações, no controle de acontecimentos naturais ou no controle de si mesmos. O que é uma ilusão, pelo menos em parte. De uma forma bastante resumida, no capítulo 3 tentou-se explicar como os acontecimentos alheios à vontade do sujeito são capazes de influenciar as escolhas e intuições humanas.

Dentro do âmbito da conciliação não seria diferente, tendo em vista que a tendência humana de ser influenciado pelo mundo não funciona como um botão *switch* de liga e desliga. Estão constantemente sendo alvos de vieses e heurísticas. Isso significa que, ao sugerir um acordo em um ou outro sentido, o conciliador pode estar influenciando as partes a uma ou outra realidade.

Por mais que as partes achem que estão no controle da situação, pois a elas cabem a solução do seu próprio litígio (e algumas vezes pode até ser que estejam mesmo, como na mediação de conflitos), uma mera sugestão por parte do conciliador pode tolher uma quantidade (ainda que mínima) da liberdade e livre arbítrio da parte de ser autora do seu próprio destino.

É claro que não se questiona aqui as vantagens de um acordo de conciliação, nem sequer pretende-se questionar a legitimidade desse instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro ou em qualquer outro. As vantagens trazidas pela conciliação e mediação são dignas de suporte pela doutrina e jurisprudência em escala *mundi*. O que se questiona é pura e simplesmente acerca da real autonomia das partes dentro de um acordo de conciliação. Isso porque, não raras

vezes, as pessoas são muito induzidas a aceitarem um acordo proposto pelo conciliador, mas que não as satisfazem plenamente.

Acredita-se que isso se deve ao fato de que algumas vezes o instituto da conciliação está sendo aplicado de forma equivocada. Através da pesquisa empírica realizada pelas autoras verificou-se que muitas partes cederam ao acordo simplesmente para “acabar logo com isso” e não porque realmente estavam satisfeitas com ele. É claro que há casos em que o acordo realmente representa a verdadeira vontade das partes, mas, pela experiência vivenciada, essa não é a regra. Mas seria o caso de se propor uma reforma na atuação dos conciliadores?

5 CONCLUSÃO

Após uma análise simplificada de alguns aspectos gerais da conciliação e da *neurolaw* (até porque não seria possível através de um breve estudo de tão poucas laudas), identificou-se a ligação entre os dois institutos. Mais especificamente, como o efeito de ancoragem trazido por Daniel Kahneman na sua obra “Rápido e Devagar” consegue influenciar as partes quando da realização de um acordo de conciliação.

Nesse ponto do trabalho, é importante que se volte para a pergunta feita no momento da introdução, qual seja: A neurociência deve ser utilizada para influenciar comportamentos dentro do direito? Se sim, por quem? Que tipo de perigos isso pode trazer para a sociedade ou para o indivíduo em si?

Acredita-se, portanto, que a pergunta que realmente deve ser feita não é a de que “SE a neurociência deve influenciar comportamentos dentro do direito”. Já se descobriu que ela está a todo momento influenciando os comportamentos no mundo jurídico e não há algo que se possa fazer para separar razão e emoção dentro do ser humano. Todos influenciam todos, os personagens envolvidos na narrativa judicial (ou extrajudicial) estão em constante fluxo de influências recíprocas. O problema surge quando essa influência é usada para objetivos diversos às vontades das partes (aqui se falando sobre conciliação). E se o conciliador estiver usando da sua posição de influenciador para conseguir acordos com o intuito de aumentar o percentual de “sucesso” nas suas conciliações?

Tendo em vista o exposto, em que parte do pressuposto que o conciliador é, em alguma ou outra medida, autor do acordo, como fazer para que os conciliadores venham para a sessão de conciliação apenas para somar? Ou seja, ser “escravo das vontades das partes”? Essa é uma preocupação que não está no corte epistemológico do presente trabalho. Quer dizer, foi plantada uma semente na esperança de que outros pesquisadores possam se interessar pelo tema e fermentar a ideia com novos posicionamentos (e inclusive com críticas!).

6 REFERÊNCIAS

- CHANG, Eric C.; LUO, Yan; REN, Jinjuan. Cross-Listing and Pricing Efficiency: The Informational and Anchoring Role Played by the Reference Price. **24th Australasian Finance and Banking Conference 2011 Paper**, Sydney, Austrália, 12 Dezembro de 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1916769>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5ª Edição. 2015
- COOLEY, John W. **Advocacia na mediação**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Imago, 2005. HONG, Harrison G; KREMER, Ilan; KUBIK, Jeffrey; MEI, Jianping;
- HAIMENIS, Elizabeth; FERNANDES, Fernando Antonio. Alguns aportes da filosofia e da negociação para a mediação de conflitos. In: **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. ALMEIDA, Tania. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MOSES, Michael. **Ordering, Revenue and Anchoring in Art Auctions**, 22 ago. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2485205>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas formas de pensar. 1ª Ed. Tradução: Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- MA, Qingzhong; WHIDBEE, David A.; ZHANG, Wei Athena. **Anchoring and Acquisitions**, 25 mai. 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2716329>>. Acesso em: 02 fev. 2018.
- MLODINOW, Leonard. **Subliminar**. Tradução de Claudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- NUNES, Danilo. **Deixe que eles ganhem**: Como a economia explica que “gentileza” é a melhor estratégia. Disponível em: <<https://danillonunes.com/2013/deixe-que-eles-ganhem.html>>. Acesso em: 14 mar. 2018.
- PARDO, Michael S; PATTERSON, Dennis. **Philosophical Foundations Of Law And Neuroscience**, 2010.
- PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. The Law and Economics of Irrational Behavior: An Introduction. **George Mason Law & Economics Research Paper** No. 04-16, 2005. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=586649>>. Acesso em 29 jan. 2018.
- PEREIRA JUNIOR, Alfredo. Questões epistemológicas das neurociências cognitivas. **Trabalho, Educação e Saúde (Online)**, vol.8, No. 3, Rio de Janeiro, Nov. 2010.
- POGARSKY, Greg; BABCOCK, Linda. **Damage Caps, Motivated Anchoring, and Bargaining Impasse**. 1 ago. 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=235296>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

SIDDIQI, Hammad. Anchoring Adjusted Capital Asset Pricing Model (June 1, 2016). **Journal of Behavioral Finance**, Forthcoming. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2686990>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

SIMONSON, Itamar; DROLET, Aimee. Anchoring Effects on Consumers' Willingness-to-Pay and Willingness-to-Accept. **Stanford GSB Working Paper**, No. 1787, out. 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=383341>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

THOMAS, Manoj; MORWITZ, Vicki. Heuristics in Numerical Cognition: Implications for Pricing. **Cornell University, Johnson School Research Paper Series**, p. 1-36, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1082885>. Acesso em 02 fev 2018.

VISCUSI, W. Kip; MASTERMAN, Clayton. Anchoring Biases in International Estimates of the Value of a Statistical Life. **Vanderbilt Public Law Research Paper No. 17-2**, 30 jan, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2896954>>. Acesso em: 02 fev. 2018.