

RACIONALIDADE COM VISTAS À EFETIVIDADE DA NORMA JURÍDICA: EMPURRÕES LEGAIS.

José Eduardo Schuh¹

Resumo: Aproveitar-se das descobertas da Economia Comportamental pode incrementar o sucesso do empreendimento do Direito no sentido da ordenação social pacificadora. Empregar conteúdos como arquitetura das decisões, aversão à perda, manutenção do *status*, *nudges* e outras tendências conductuais é reconhecer os protagonismos da efetividade normativa e da eficácia social na operação do sistema normativo prescricional jurídico. Indubitavelmente, como demonstrado neste trabalho, maximizar a efetividade do regramento instituído é otimizar o triunfo das mais basilares pretensões sociais reservadas ao Direito.

1. Introdução.

O Direito é composto por normas que prescrevem as “*diretivas básicas da ordenação comunitária*”² e propõe-se a estabelecer a sobreposição de uma racionalidade na atuação dos atores, os indivíduos. Constitui-se como um ordenamento normativo que opera através da prescrição de condutas proibidas ou obrigatórias, eventualmente permitidas.

É característica da unidade elementar³ do Direito, a norma jurídica, atuar como um seletor de propriedades juridicizáveis⁴. É dizer, a norma jurídica é o veículo da descrição dos critérios para o reconhecimento de uma conduta determinada como proibida, obrigatória ou permitida e dos atributos da consequência estabelecida para o caso de cumprimento ou descumprimento da hipótese normativa, ilação expressada em resultados de validade/invalidade, licitude/ilicitude e sanção/premiação. A estrutura do sistema jurídico instaura uma lógica própria das regras prescritivas e de funcionamento

¹ Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), docente assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA). Cidadão brasileiro, tem como endereço de correio eletrônico: schuh@schuh.adv.br.

² FERREYRA, Raúl Gustavo. Fundamentos Constitucionales. 2015, 2ª ed., ed. Ediar, Buenos Aires, p. 38.

³ MAIER, Julio B., Derecho Procesal Penal. 2004, 3ª reimpressão, Editores Del Puerto, Buenos Aires, Tomo I, p. 14..

⁴ SCHUH, José Eduardo. “Heurística: la caupuz del Derecho”. in Razonar sobre Derechos. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (coord.). 2016, ed. Tirant lo Branch, Valencia, p. 336.

deontico, cuja inferência é constituída a partir de uma premissa formada por pelo menos um fundamento jurídico de validade, isto é, uma norma jurídica.

Otimizar a adoção entre os indivíduos da conduta juridicizada pela norma jurídica é o real propósito da instituição do Direito, posto que dessa forma maximiza-se a função de ordenação tendente a realizar a paz social. A busca da efetividade da prescrição normativa é o objetivo de eficiência do sistema jurídico.

Nesse sentido, as técnicas de elaboração de normas jurídicas não podem desprezar os avanços acerca da compreensão do comportamento dos indivíduos realizados pelos estudos de economia comportamental. Tal racionalidade (de índole social e econômica) não pode ser desprezada pelo regulador de condutas humanas.

Verificar a possibilidade de emprego de técnicas resultantes dos estudos de economia comportamental na elaboração de normas jurídicas com vistas ao incremento da efetividade normativa e da eficácia social é o propósito do presente estudo.

2. Efetividade normativa: propósito do Direito maior do que a “grande decisão judicial”.

Ao contrário do difundido na doutrina jurídica contemporânea, a “grande decisão judicial”, a “última palavra” emanada pelos Magistrados, a quem supostamente caberia “dizer o que é o Direito”, não corresponde à função primordial dos sistemas jurídicos.

Pugna-se superada a visão realista do Direito, na qual as “normas jurídicas eficazes são, portanto, normas aplicadas pelos tribunais”⁵.

A missão de ordenação social assumida pelo sistema jurídico impõe-lhe almejar a maximização da eficácia social e da efetividade normativa.

Por eficácia, para os propósitos do presente estudo, assume-se a definição apresentada por FERRAJOLI, segundo a qual a eficácia é totalmente independente da efetividade da norma, ou seja, do efeito da norma, ainda que represente seu pressuposto. A eficácia da norma guarda relação com “os efeitos jurídicos de direito que se produzem com o ato que é a sua causa, independentemente da execução ou omissão de outros atos.”⁶ A eficácia se relaciona com os “efeitos - tratem-se de obrigações, direitos, status ou expectativas de sanções – que se produzem sempre não por uma relação de

⁵ BULYGIN, Eugenio. “El concepto de Eficacia”, in KELSEN, Hans, BULYGIN, Eugenio, WALTER, Robert. Validez y eficacia del derecho. 2005, ed. Astrea, Buenos Aires, p. 28.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del derecho. 2011, ed. Trotta, Madri, p. 268.

‘dever ser’ (ou de ‘pode ser’) ..., mas por uma relação de ‘ser’, prescindindo, quando se trate de modalidades de expectativas, da (possível) relação em concreto dos atos que a sua vez são atuações (como o cumprimento da obrigação, o exercício do direito ou a aplicação da sanção).”⁷

Diferentemente, a efetividade “se refere aos ‘efeitos jurídicos de fato’”⁸, ou seja, resulta “dos efeitos consistentes em figuras deônticas”⁹. Em outros termos, a efetividade é vinculada com a concreta realização de conduta humana consonante com a prescrição do antecedente normativo, realizando o objeto proposto como lícito pela regulação comportamental. Uma vez que o destinatário do prescrito como ação desejada pela hipótese normativa satisfaz os pressupostos selecionados e os componentes da hipotética condição de juridicização, dá-se por realizado o direito normativamente previsto, implicando na consequência jurídica da licitude.

De fato, a eficácia social e a efetividade normativa representam a tarefa autenticamente coerente com os mais altos fins de ordenação social almejados pelo Direito. O atingimento da mais ampla adesão à conduta prevista na norma jurídica possui o condão de verdadeiramente ordenar a sociedade. A participação de todos (ou quase) indivíduos no sentido da adoção de comportamento social uníssono com a prescrição normativa implica na promoção do objetivo veiculado através da regra jurídica.

A efetividade normativa é racional o sucesso da empreitada do Direito.

3. Causalidade social e causalidade jurídica.

É forçoso reconhecer a existência de liames causais tanto nas relações sociais quanto nas relações jurídicas. A distinção entre as duas espécies de causalidade merece reconhecimento.

No campo das interações sociais não submetidas à força da instituição jurídica constata-se uma multiplicidade contínua de relações constituídas (multiplicidade qualitativa) e de segmentos complementários, como assinala VILANOVA¹⁰. Socialmente, as “relações representam o estável, o que se repete”¹¹; “os termos das

⁷ FERRAJOLI. op. cit., p. 268.

⁸ FERRAJOLI. op. cit., p. 268.

⁹ FERRAJOLI. op. cit., p. 268.

¹⁰ VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2000, 4a ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 49 e ss.

¹¹ VILANOVA, op. cit., p. 49.

relações, digamos, os processos que ocupam o termo de causas e de efeitos, estes são históricos”¹². Tratam-se de relações fixadas em termos de enunciados-de-relação generalizados, em cuja “causalidade está nas relações, não na estabilidade dos termos dessas relações”¹³. Os termos da relação social são variáveis histórico-sociais, isentos de uma “estrutura estamental”¹⁴ com os fatos históricos repetindo-se. São episódicos os agentes e os fatores intervenientes nas relações sociais próprias de um dado “tempo sociocultural”¹⁵.

Observa-se, como argutamente asseverado por VILANOVA¹⁶, que as ações sociais provocam interações intra e intersistêmicas. São constatadas interações tanto no interior do sistema econômico, por exemplo, quanto entre os sistemas econômico e político, assim como entre ambos e o sistema jurídico, dentre várias.

Dessemelhantermente, no caso dos sistemas prescritivos antinaturais, a causalidade é determinada por regras estatuintes da validade, ou seja, instituidoras de um vínculo implicacional próprio. O sentido de validade do Direito é oriundo da causalidade jurídica, a qual, diferente da causalidade natural, “é pré-estabelecida, pré-figurada, anterior aos fatos. A causalidade jurídica é prescritiva. Nessa prescritividade reside sua forma *a priori* de se antepor aos fatos, Não registra como se dá a relação constante entre os fatos, mas estabelece como deve ser: deve ser a relação entre C e E, deve ser, na contrapartida fática, que o fato tenha tal efeito”¹⁷, como primorosamente registrado por VILANOVA. Em outros termos, uma norma dispõe sobre os pressupostos de validade de outra norma jurídica e/ou de relação previamente prescrita (o que é e o que não é Direito) através da estipulação de condutas estimuladas ou reprimidas - determinando o que é obrigatório, proibido e permitido realizar, de cuja estrutura decorre a possibilidade de regulação do que é permitido ordenar, permitido proibir e permitido permitir¹⁸. O Direito, ente linguístico, o ser convencionalizado, somente possui existência em razão da convenção criadora. Por conseguinte, a análise do ente convencional somente é possível pela análise linguística de suas regras, por

¹² VILANOVA, op. cit., p. 49.

¹³ VILANOVA, op. cit., p. 49.

¹⁴ VILANOVA, op. cit., p. 49.

¹⁵ VILANOVA, op. cit., p. 49.

¹⁶ VILANOVA, op. cit., p. 50.

¹⁷ VILANOVA, op. cit., p. 81.

¹⁸ GUTIÉRREZ PARADA, Oscar. Técnicas Legislativas, Técnicas Normativas. Hacia una mejor hechura de las leyes: operadores deónticos y alotropía lingüística. 2015, Cuadernos Académicos, Teoría General del Derecho, número 1, ed. Asesoría de Diseños Normativos, SC, México, Distrito Federal, p. 20.

ROBLES definida como “uma expressão linguística orientada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana”¹⁹.

As regras não têm a função de descrever, explicar ou prever a ação. As regras não descrevem a ação humana cuja pretensão é orientar, pois a regra é anterior à ação e, neste sentido, a regra não pode descrever a ação se, como é lógico, somente se pode descrever o previamente existente. As regras não são esquemas explicativos da ação, já que explicar a ação é encontrar suas causas, determinando-se a causa produtora e deduzindo o nexos causal com a ação produzida; ocorre que a ação se passa no mundo fático, fenômeno espaço-temporal da realidade dos fatos, diversamente do âmbito linguístico da regra. A eventual descrição portada no conteúdo linguístico da regra, por anterior e independente da facticidade nua, é a da mera enumeração das orientações que constituem o conteúdo da regra, bem como das inter-relações destas no sistema. Afirma-se que as regras não possuem conteúdo preditivos da ação, ainda que a dicção de seu suporte fático se dê com o emprego de tempo verbal futuro, forte na singela razão de que a sua intelecção aponta para uma caracterização de conduta de possível realização, mas não de prevista ocorrência fática por força da precedência da regra ao fato real.

Como visto, as regras orientam ou dirigem a ação, representando-se por proposições práticas cuja função vetorial consiste em criar o âmbito ôntico-prático, elementos básicos ao desenvolvimento do Direito, pressupostos espaço-temporais, pessoais e competencionais da ação (o procedimento dessa ação) e também as exigências devidas com relação à ação. Já a criação do âmbito ôntico-prático onde se realiza a ação – definição dos limites do território e das condutas próprias do Direito – é operada pela simples razão de regular, isto é, dirigir ou orientar a ação humana. A convenção criadora do sistema de regras do ambiente do Direito é estabelecida precisa e unicamente para regular²⁰. Dito de outra maneira, pode-se afirmar que a função do Direito é realizar ações jurídicas, condutas jurídicas. Essas são as funções intrínsecas do sistema, imanentes ao seu âmbito ôntico-prático.

¹⁹ ROBLES, Gregório. *As Regras do Direito e as Regras dos Jogos – Ensaio sobre a Teoria Analítica do Direito*, 2011, ed. Noeses, São Paulo, p. 87.

²⁰ RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System*. 1997, 2nd ed, 1st reprint., Clarendon Press, Oxford, p. 45.

Nesse sentido, uma regra é uma proposição. Como nem toda proposição é uma regra²¹, há de ser, a regra, inserida em um sistema proposicional expressivo de um âmbito ôntico onde a ação pode (tem que) ter lugar. A regra é uma proposição que se insere no sistema que define o âmbito ôntico-prático. A regra não tem significado se estiver desvinculada do sistema²². Uma regra pode orientar direta ou indiretamente a ação humana. Uma regra disposta a orientar diretamente a ação humana significa que exige determinado comportamento. A exigência de determinada conduta possui caráter distintivo conforme seja necessária ou possível a conduta prevista na regra. Pode-se exigir um determinado comportamento de tal modo que este seja inevitável caso o sujeito deseje participar da ação do âmbito ôntico-prático; também se pode exigir um comportamento não inevitável, mas conveniente e desejável.

A norma é a exigência de uma ação (ou omissão) como devida. Uma ação (ou omissão) só pode ser exigida como devida caso se admita – correta ou incorretamente – que o sujeito tem a possibilidade de optar entre o seu cumprimento e seu descumprimento, isto é, em realizar a ação exigida ou não realizá-la. O cumprimento da previsão normatiza se esgota no fato de que a conduta ou ação exigida seja satisfeita. Com relação ao descumprimento da norma, deve-se dizer o mesmo, ainda que com um caráter inverso. Exsurge, então, a questão da coatividade, importando na imposição de uma sanção ao agente descumpridor da norma e representada pela privação de algo que comumente é considerado um bem.

Empregar o conhecimento dos liames de causa e efeito das relações sociais na elaboração das prescrições do Direito como meio de maximizar o sucesso da adesão à orientação da ação humana pode representar elemento de otimização da eficácia e da efetividade normativas. Trata-se de uma racionalidade inerente ao ordenamento regulador do proceder humano. Afinal, a prescrição de conduta instituída através de uma norma jurídica guarda relação com as interações verificáveis entre os sistemas sociais, dentre eles as condutas humanas realizadas sob a égide de normas sociais, econômicas, além de jurídicas.

4. Normas sociais, normas de mercado e normas jurídico-prescritivas.

²¹ No mesmo sentido, RAZ ressalta que um sistema jurídico possui “leis que não são normas”, ainda que todo sistema jurídico contenha normas. (RAZ, op. cit., pp. 168-169).

²² RAZ, op. cit., p. 24.

O renomado psicólogo comportamental Daniel Kahneman reporta que “há normas para uma vasta quantidade de categorias, e essas normas fornecem o pano de fundo para a detecção imediata de anomalias”²³, desvelando o valor regularizador de comportamentos e condutas operado pelas regras em geral.

As normas cumprem a função de organizar o contexto de tomadas de decisões, participam, com relevante influência, da “arquitetura das decisões”²⁴.

Restando patente a existência de diferentes aproximações ao sistema social, é relevante reconhecer os distintos meios de operação dos subsistemas sociais. *In casu*, em razão dos específicos propósitos de indução de condutas sociais e econômicas através de regras jurídicas, analisar-se-á exclusivamente a natureza das normas sociais, econômicas e jurídicas.

As normas sociais e econômicas revestem-se de natureza descritiva ou injuntiva. Descritivas são as normas que versam sobre “o que as pessoas fazem de fato”²⁵; injuntivas são as normas que abordam “o que as pessoas pensam que as pessoas deveriam fazer”²⁶. Distinguem-se, as normas sociais das normas econômicas, pela ausência de conteúdo econômico explícito naquelas e, opostamente, pela expressa exposição de conteúdo econômico nestas²⁷. As normas sociais são vinculadas ao um critério de justiça relacionado à “motivação pela reciprocidade: nossa tendência a retribuir a ação de outra pessoa com uma ação equivalente”²⁸. As normas sociais sinalizam o comportamento ou as ações apropriados adotados pela maioria das pessoas. Já as normas econômicas orientam-se pela lógica da maximização dos benefícios individuais. Experimentos psicológicos realizados comprovam diferentes reações das pessoas quando submetidas a diferentes estímulos para o exercício de uma atividade; produzem desiguais efeitos a gratuidade, um pagamento de baixo ou alto valor, uma remuneração não pecuniária (ainda que dotada de valor econômico), a destinação filantrópica como contrapartida ou a mistura dos estímulos sociais e econômicos²⁹.

²³ KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. Duas formas de pensar. 2012, ed. Objetiva, Rio de Janeiro, p. 97.

²⁴ SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Un pequeño empujón (Nudge). 2009, ed. Taurus, Madrid, p. 17.

²⁵ SUNSTEIN, Cass R. The Ethics of Influence. 2016, ed. Cambridge University Press, Nova York, p. 93.

²⁶ SUNSTEIN. 2016, op. cit., p. 93

²⁷ ARIELY, Dan. Previsivelmente Irrracional. 2008, ed. Elsevier/Campus, Rio de Janeiro, p. 60.

²⁸ SAMSON, Alain. A Economia Comportamental. in ÁVILA, Flavia. BIANCHI, Ana Maria. Guia de Economia Comportamental. 2015, ed. Economiacomportamental.org, São Paulo op. cit., p. 34.

²⁹ SUNSTEIN. op. cit., pp. 59-60.

Já as normas jurídicas, ao contrário, operam com outras espécies de modais, como acima declinado. Causalidade antinatural, caráter prescritivo, expressa em formulação deontica submetida a uma regra de inferência constituída a partir de uma premissa formada por pelo menos um fundamento jurídico de validade com a mesma identidade, isto é, uma norma jurídica.

No entanto, as normas jurídicas impõem comportamentos que podem ser antissociais e antieconômicas, inclusive contrários à moral comum e/ou contra majoritárias. No mister de condicionar condutas humanas com vistas à ordenação social pacificadora, dever haver independência do sistema jurídico em relação ao social e ao econômico.

Não obstante, a atividade de condicionar condutas voltadas ao propósito ordenatório comunitário pode (deve) considerar as regras sociais e econômicas a fim de otimizar o sucesso da prescrição normativa. O emprego positivo dos mecanismos de interações sociais e econômicas na redação das normas jurídicas, prescrevendo determinadas condutas arquitetadas com vistas aos fins almejados, pode beneficiar-se de uma inércia comportamental (de movimento ou de repouso, como se verá adiante) que talvez implemente otimização dos decorrentes efeitos do fenômeno jurídico. O impulso da norma jurídica no sentido do movimento a conduta social ou econômica pode condicionar o destinatário à mais rápida e completa adesão, atuando em conformidade com a prescrição da regra jurídica. É racionalidade própria à finalidade ordenatória do Direito.

5. Economia comportamental e a ação individual.

A Economia Comportamental (a partir de agora, EC), nos termos de SAMSON pode ser definida como “o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas. A EC emprega principalmente a experimentação para desenvolver teorias sobre a tomada de decisão pelo ser humano. Segundo a EC, nem sempre as pessoas são egoístas, calculam o custo-benefício de suas ações e tem preferências estáveis. Muitas das escolhas humanas não resultam de uma deliberação cuidadosa. Somos influenciados por informações lembradas, sentimentos gerados de modo automático e estímulos salientes no ambiente. Além disso, vivemos o momento, isto é, tendemos a resistir às mudanças, não somos bons para predizer preferências futuras, somos sujeitos a distorções de memória e afetados por estados psicológicos. Enfim, somos animais sociais, com preferências

sociais como aquelas expressas na confiança, altruísmo, reciprocidade e justiça, e temos o desejo de ser coerentes conosco e de valorizar as normas sociais”³⁰.

Conclui-se, a partir dos estudos de EC, que os indivíduos - tanto nas relações sociais quanto econômicas - nem sempre tomam decisões racionais, resoluções ótimas; frequentemente os indivíduos tomam decisão irracionais, desconsiderando aspectos relevantes do problema a decidir, regularmente conduzindo a soluções errôneas, imperfeitas ou incorretas, oblíquas, enviesadas, insatisfatórias como solvência.

A partir de experimentos acerca de comportamentos sociais e econômicos dos indivíduos³¹, os profissionais que desenvolvem os aspectos científicos da Economia Comportamental³² qualificam, dentre várias, as seguintes condutas normatizadas (em termos de regularidade) sob as óticas social e/ou econômica:

a) Teoria da perspectiva:

A teoria da perspectiva, formulada por Kahneman e Tversky, demonstra que nem sempre as decisões pessoais são ótimas, pois a disposição dos indivíduos para correr riscos é influenciada pelo modo como as escolhas são apresentadas (*framed*), isto é, dependem do delineamento do contexto. Um dos resultados mais importantes

³⁰ SAMSON, op. cit., p. 26.

³¹ Compilados a partir das obras: ARIELY, Dan. Previsivelmente Irracional. 2008, ed. Elsevier/Campus, Rio de Janeiro. ÁVILA, Flávia, BIANCHI, Ana Maria. Guia de Economia Comportamental e Experimental. 2015, ed. Economiacomportamental.org, São Paulo. KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. Duas formas de pensar. 2012, ed. Objetiva, Rio de Janeiro. THALER, Richard H. La Psicología Económica. 2016, ed. Deusto, Barcelona. SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Un pequeño empujón (Nudge). 2009, ed. Taurus, Madrid. SUNSTEIN, Cass R. The Ethics of Influence. 2016, ed. Cambridge University Press, Nova York.

³² Campo de estudo recente, com as primeiras pesquisas realizadas pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman durante a década de 70, a área de Economia Comportamental se estendeu ao longo desses anos, como uma ciência interdisciplinar, que combina conhecimentos das áreas de psicologia, economia e ciências cognitivas. Essa combinação é direcionada especialmente para o estudo do comportamento humano no contexto das decisões econômicas. Análise econômica está inserida em um novo contexto, afetada por fatores sociais, cognitivos e emocionais. Dessa forma, Economia Comportamental entra em contraste com os modelos tradicionais que assumem a hipótese da racionalidade dos agentes. O economista americano, Richard Thaler, percebeu a necessidade de fazer uma distinção entre uma teoria normativa e uma teoria descritiva de escolha dos consumidores. A normativa é baseada em modelos de maximização de utilidade, já a descritiva estuda a forma como os consumidores fazem suas escolhas para então, estudarem os motivos. Os modelos econômicos tradicionais acabam cometendo falhas sistêmicas nas previsões por adotarem a teoria normativa. Ao longo de mais de 40 anos, vários experimentos foram realizados na tentativa de explicar comportamentos que contrariam a lógica, desviando das premissas tradicionais. Em 1955, Herbert Simon, usou o termo de *bounded rationality* (racionalidade limitada), para descrever a forma como o homem solucionava seus problemas. É inegável a racionalidade do homem, sua capacidade de compreensão e de fazer escolhas. No entanto, o entendimento é limitado pelo subconsciente, o impacto de emoções é muito maior do que podemos prever. A economia comportamental usa, dessa forma, essas diferenças internas dos indivíduos para uma análise normativa da teoria. Assim, utilizam conceitos como a aversão à perda, efeito dotação, heurística, dentre outros, para identificar essas tendências observadas e que influenciam no processo de tomada de decisão.

para a literatura comportamental obtido pela dupla de pesquisadores israelense foi a constatação de que as perdas contam mais que os ganhos nas variações de bem-estar. Ou seja, a desutilidade de perder “x” unidades afeta mais que o prazer de ganhar os mesmos “x”. A teoria da perspectiva torna patente que as respostas fornecidas pelos indivíduos diferem conforme as escolhas são apresentadas (*framed*) como um ganho ou como uma perda. Diante do primeiro tipo de decisão (ganho certo), grande parte das pessoas optará por uma alternativa decisória isenta de risco, enquanto no segundo problema (perda certa) as pessoas mostram maior probabilidade de escolher a opção mais arriscada. Isso acontece porque temos maior aversão à perda do que apreço por um ganho equivalente. Abrir mão de alguma coisa é mais doloroso do que o prazer que sentimos por recebê-la.

A partir das conclusões nos estudos da teoria da perspectiva, na qual os cenários de ganhos demonstram que os agentes são avessos aos riscos e, diferentemente, no contexto de perdas, tornam-se propensos aos riscos - além do peso dado às perdas ser muito maior que a ganhos -, a economia comportamental inseriu o conceito de aversão à perda. Essa noção diverge do modelo neoclássico, no qual supunham aversão ao risco independente do contexto inserido.

Sob a ótica jurídica, a sanção, elemento sistêmico do Direito, representa um provável meio mais eficiente de adesão ao comportamento juridicizado, na medida em que induz o indivíduo a realizar conduta que implica na preservação dos direitos ou bens, evitando a perda, do que o meio da premiação de um novo direito ou bem.

b) Efeito dotação:

O efeito dotação foi descrito pela primeira vez por Richard Thaler e demonstra o movimento de frequente exigência pelos agentes por um preço de um dado objeto muito mais alto que elas estariam dispostas a pagar por este mesmo objeto. Tal efeito faz com que as pessoas tenham um excessivo apego a um certo estado social ou econômico, sendo também conhecido como tendência ao *status quo*. Thaler chegou a essa conclusão observando o comportamento de um colega economista que tinha comprado algumas garrafas de Bordeaux alguns anos antes por apenas \$10. Este mesmo vinho estava sendo vendido por \$200 em um leilão alguns anos depois. Apesar da supervalorização ocorrida com vinho, seu colega não aceitava vender suas garrafas por \$200. Kahneman, Knetsch e Thaler avaliam que o efeito dotação e a tendência à preservação do *status* são resultantes da aversão à perda. De forma geral, as pessoas considerariam sua atual situação de riqueza como ponto de referência ao qual elas

deveriam retornar. Além do efeito dotação, Samuelson e Zeckhauser verificam que outro movimento comum no momento de optar por uma tendência é de preferir a situação corrente a uma proposta de alteração, fenômeno conhecido como tendência ao *status quo*.

Juridicamente, tal qual no caso da possibilidade jurídica gerada pela teoria da perspectiva, no caso do efeito dotação, a ameaça à perda e à alteração forçada de *status* em decorrência da aplicação sancionatória são ferramentas que propiciam provável maior efetividade normativa e eficácia social.

c) *Nudges*:

Nudge, o “empurrão”³³ comportamental, como empregado na EC, “é qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de um modo previsível sem proibir quaisquer opções nem alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para que uma intervenção seja considerada um mero *nudge*, deve ser fácil e barato evitá-la. *Nudges* não são imposições. Dispor as frutas ao nível do olhar é considerado *nudge*. Proibir *junk food*, não³⁴”.

A ascensão da Economia Comportamental (EC) aprofundou e expandiu de maneira radical nossa compreensão acerca do processo decisório dos indivíduos. Muitos profissionais de diversas áreas estão habituados com o conceito de “empurrãozinho” (*nudge*) como influenciadores das escolhas dos indivíduos - eleições de comportamentos sociais, econômicos e, por que não, jurídicos. Uma intervenção qualquer proposta como *nudge* caracteriza-se por não impor incentivos materiais significativos, positivos ou negativos. Subsídios, impostos ou taxas de fiança não são *nudges*; já um aviso na estrada sobre a incidência de acidentes causados por excesso de velocidade, o é.

Inspirados pelas consequências negativas para o bem-estar individual e coletivo associadas às falhas de julgamento e à má tomada de decisão, os economistas comportamentais defendem pequenas intervenções chamadas *nudges*, cujo papel é alterar a arquitetura de escolha de modo tal que os vieses cognitivos sejam neutralizados. SUNSTEIN ressalta que as intervenções *nudges* assemelham-se a um GPS (sistema de navegação), pois colocam o comportamento das pessoas em

³³ FERREIRA, Vera Rita de Mello. Psicologia Econômica - Mente, comportamento e escolhas. in ÁVILA, Flavia. BIANCHI, Ana Maria. Guia de Economia Comportamental. 2015, ed. Economiacomportamental.org, São Paulo, p. 176.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Un pequeño empujón (Nudge). 2009, ed. Taurus, Madri, p. 20.

determinadas direções estabelecidas pelos próprios indivíduos, que têm, por sua vez, total liberdade para mudar de rota. Não há coerção alguma ou redução do conjunto de alternativas.

É plenamente aceitável propor que o comportamento aparentemente não racional dos indivíduos torne recomendável a intervenção *nudging* operada por meio de políticas e do Direito. De fato, muitos governos procuram ativamente aplicar *nudges* para incentivar seus cidadãos a fazer escolhas que tenham melhores consequências para eles próprios e para a sociedade.

SUNSTEIN³⁵ aponta alguns *nudges* de relevância identificados nos experimentos de EC. A seguir, uma rápida definição de alguns *nudges* e das possibilidades jurídicas de sua implementação como elemento de promoção da efetividade de normas jurídicas.

O *nudge* da **regra default** (p. ex. adesão involuntária na qualidade de doador de órgãos *post mortem*, inscrição automática em programas de aposentadoria, etc), é o mais eficaz dos *nudges*. São significativos os resultados da adoção da regra *default* de escolha passiva, uma vez que pode ser altamente oneroso e/ou demorado requerer que as pessoas realizem condutas ativas contrárias às arraigadas práticas sociais ou contrárias à moral comum.

O *nudge* da **simplificação** é um poderoso elemento para promover a adesão dos indivíduos às condutas pretendidas como preferentes (pela sociedade, pelas agentes econômicos, pelo Direito). A complexidade gera confusão, possibilitando violações à lei e eleva os custos de observância do regramento, desincentivando a participação voluntária. Por conseguinte, o seletor de propriedades juridicizáveis, a norma jurídica, deve primar pela simplicidade e pela simplificação, assim como pela clareza, de modo a propiciar o incremento da adesão dos indivíduos ao comportamento estabelecido em regra jurídica.

São eficientes meios de maximização da efetividade normativa pelo uso de *nudge* a introdução de **aumentos de facilidade e conveniência**. Se o objetivo é incentivar determinado comportamento, reduzir barreiras e obstáculos à realização da conduta pretendida (inclusive o tempo que é preciso para se entender o que fazer) costuma maximizar resultados. Muitas vezes a resistência à mudança é produto não de

³⁵ SUNSTEIN, Cass R. Nudging: um guia bem breve. in ÁVILA, Flavia. BIANCHI, Ana Maria. Guia de Economia Comportamental. 2015, ed. Economiacomportamental.org, São Paulo, pp. 110-115.

discordância ou ceticismo, mas de uma dificuldade percebida ou de uma ambiguidade.

A intensa **divulgação** (*disclosure*) das justificativas do comportamento normatizado opera como um poderoso *nudge*. SUNSTEIN destaca que “O juiz da Suprema Corte de Justiça americana Louis Brandeis disse que ‘a luz do sol é o melhor desinfetante’ e que a divulgação pode tornar tanto os mercados como os governos muito mais ‘limpos’”. Sob a ótica dos indivíduos, as políticas de ampla divulgação podem ser altamente eficazes, pelo menos quando as informações são compreensíveis e acessíveis. Em alguns contextos, a revelação (*disclosure*) pode atuar como barreira contra a desatenção, a negligência, a incompetência, as transgressões e a corrupção privada ou pública. No mesmo sentido, o eficiente *nudge* consistente nos **alertas, dramáticos** (como nas embalagens de cigarro) **ou não**, sobremaneira no caso de conduta grave ou gravosa que merece ser proibida ou obrigatória. Uma virtude dos alertas é que eles podem contrabalançar a tendência humana natural ao otimismo irrealista e, simultaneamente, aumentar a probabilidade de que as pessoas prestem atenção ao longo prazo. Estudos mostram que as pessoas têm menor probabilidade de desconsiderar um alerta quando ele vem acompanhado por uma descrição das medidas concretas para reduzir o risco relevante.

Estratégias de compromisso social (pelas quais as pessoas se comprometem com determinada linha de ação) são *nudges* interessantes para a fortalecer a adesão ao comportamento previsto em regra. Quando as pessoas se comprometem socialmente em realizar determinada ação, aumenta a probabilidade de que elas ajam de acordo com os objetivos normatizados. Notavelmente, comprometer-se com uma ação específica em um momento futuro motiva melhor o agir e reduz a procrastinação.

O simples **informar as pessoas sobre a natureza e consequências de suas escolhas passadas** (*smart disclosure* nos Estados Unidos ou *midata project* no Reino Unido) é competente *nudge* para fomentar a adoção de condutas preferentes e contrárias às condutas usuais. Frequentemente os indivíduos não dispõem de conhecimentos acerca das causas ou efeitos de seus comportamentos pregressos habituais. Se as pessoas obtiverem tais informações, seu comportamento tende a mudar, muitas vezes levando a um melhor funcionamento social global.

Impende referir que a aplicação não jurídica (social ou econômica) eticamente válida de *nudges* depende da preservação de opções de escolha livre para o indivíduo³⁶.

³⁶ SUNSTEIN, Cass R. *The Ethics of Influence*. 2016, ed. Cambridge University Press, Nova York.

Merecem ser examinados com atenção e cuidado as medidas paternalistas que limitam a autonomia de escolha, o potencial de aprendizado e o exercício dos direitos dos indivíduos no uso de *nudges* sociais e econômicos. Nos contextos social e econômico o *nudge* impulsiona mudanças micro institucionais e comportamentais válidas sempre que preservado o desenvolvimento individual com liberdade ou expansão de capacitações, dada a garantia (jurídica) às pessoas de serem atores dos seus próprios destinos. Distintivamente, o caso de emprego de *nudges* como estratégia de efetividade normativa jurídica aproveita-se do caráter autoritário do Direito, prescrevendo compulsória conduta (que podem ser reforçadas pelo impulso do *nudging*) e neutro aos juízo ético ou moral.

6. Considerações finais.

Em suma, é possível (e desejado) que a instituição de uma dada regra jurídica seja editada com o uso de redação intencionalmente voltada a aproveitar-se da tendência comportamental do destinatário do comando normativo. Reconhecer comportamentos habituais ou tendências comportamentais humanas para instituir condutas (proibidas, obrigatórias ou permitidas) vocacionadas especificamente à otimização da efetividade normativa é imperativo à função legística, indissociável aspecto do Direito, meio funcional capaz de tornar ótimo o desempenho de uma prescrição normativa e do sistema jurídico como um todo.

Pugna-se pela elevação da efetividade normativa e da eficácia social à condição de protagonistas da operação e da operatividade do fenômeno jurídico, concretizado através da edição de normas jurídicas com vistas à ordenação comunitária pacificadora e funcionalmente integradas à melhor compreensão do comportamento humano fornecidas pela Economia Comportamental.

O Direito, componente do tecido social e consistente em um sistema normativamente fechado, em razão de sua autocontinuação diferenciada do ambiente, mas cognitivamente aberto, de abertura referencial extrassistêmica³⁷, não pode prescindir da compreensão comportamental humana no desenvolvimento de suas atividades ordenativas. Impende incorporar ao fenômeno jurídico a racionalidade

³⁷ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. 2008, ed. Martins Fontes, São Paulo, p. 81.

interdisciplinar decorrente dos estudos da Economia Comportamental como meio de potencializar o sucesso da função e da funcionalidade do Direito.