

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARCELO FERNANDO BORSIO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

MAMEDE SAID MAIA FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Marcelo Fernando Borsio; Mamede Said Maia Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-403-7

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília, do Centro Universitário do Distrito Federal e do Instituto de Direito Público, no período de 19 a 21 de julho de 2017, sob a temática Direito e Desigualdades: O Papel do Direito nas Políticas Públicas.

O Grupo de Trabalho denominado Direito Administrativo e Gestão Pública I desenvolveu suas atividades no dia 21 de julho/17, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, e contou com a apresentação de dezoito temas que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos. Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções sobre o Direito Administrativo e suas multifacetadas causas e consequências diante de parcas políticas públicas, principalmente quanto ao descaso com o erário público, seus desvios e desmandos, em sede de processos administrativos, gerando baixo ou insignificante concretude no atendimento aos anseios da sociedade por meio de políticas de governo.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão da falta de concessão de licença maternidade ou indenização às gestantes que exercem funções públicas em comissão, o que é cenário concreto de alegação de reserva do “financeiramente” possível. Traduzem, outrossim, em temas como o princípio da eficiência, regulação estatal, disponibilização de informações e racionalidade humana versus paternalismo literário, inclusive analisando sob a ótica de corrupção e outros pontos heurísticos. Ainda nessa esteira, os escritos caminham pela análise do princípio da moralidade como referencial na atividade ética da Administração Pública e pressuposto e validade de todos os atos administrativos, que devem ser éticos e morais. E corrobora outro manuscrito com as políticas públicas negligenciadas e a possibilidade de regresso do ente público perante o agente público negligente.

Tudo é questão de moral comum e moral da Administração, diz certo trabalho acadêmico. A primeira delas, contextual da vida e, a segunda, normativa constitucional. A segunda depende do agir moral da primeira em face do gestor. Sem olvidar da análise da sugestão de amplitude

do conceito de corrupção em face de uma releitura da supremacia do interesse público, pois sempre há colisão de interesses, devendo haver (e já há) nova diferença entre o interesse público e o interesse da sociedade como um todo.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre a pretensa existência de reais pressupostos de uma Administração Pública desejável: o bem de todos, eficiência com eficácia, releitura da discricionariedade, real ideia de gestão pública, inclusive participativa. E o controle público desses gastos públicos pelos Tribunais de Contas? Texto límpido e escoreito tratou da polêmica e a ineficiência dos levantamentos dos gastos públicos pelas Cortes de Contas, pois muitos são os casos de corrupção em todas as esferas, o que demonstra que as cortes dos Legislativos não dão mais conta de seriedade e legalidade. Há falta de independência na escolha das composições, concluindo pela adoção das auditorias gerais por período limitado de nomeação.

Outra contribuição ao Grupo de Trabalho foi a análise das tomadas de conta especiais e sua atual ineficiência na recuperação de valores para as políticas públicas. Na esteira da ação de improbidade administrativa, a contribuição foi quanto à crítica da concessão de liminares para bloqueio de bens apenas com informações laterais do inquérito civil, mitigando garantias individuais com a utilização temerária do contraditório diferido na investigação, devendo haver revisitação, conclui, do conceito de improbidade administrativa, do próprio inquérito civil que colhe apenas elementos de informação, prejudicando o patrimônio de pessoas de modo cautelar, perigoso e a prolongado tempo.

As parcerias público-privadas, com uso da arbitragem, podem ser solução técnica de lides do contexto e para a busca de políticas públicas efetivas, como o caso de escolas primárias em Belo Horizonte, assentou um dos temas. Contudo, como diz outro trabalho, sendo a parceria apenas para os serviços administrativos, nunca pedagógicos e diretivos. Nas organizações civis e suas múltiplas possibilidades, como sinal de eficiência, o recurso deve ser direcionado para as atividades em consonância com as políticas públicas que estão sendo desenvolvidas.

Em se tratando de ressignificação e releituras, outra proposta foi quanto ao princípio da legalidade e o monopólio do Legislativo, pois em face da proteção das liberdades individuais, a Administração Pública pode até atuar contra legem anulando seus atos, fazendo valer a boa-fé e confiança. E porque não dizer da construção de confirmação legal para reforçar a competência da procuradoria de fazenda pública municipal para inscrever créditos tributários, controlando-os e revisando atos sob o manto da legalidade. Por fim, a tarde encerrou seus trabalhos com a exposição da responsabilidade objetiva dos notários e alteração legal para subjetiva, contrapondo-se aos comandos constitucionais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT – Direito Administrativo e Gestão Pública I agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-Graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Prof. Doutor Mamede Said Maia Filho – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Doutor Felipe Chiarello de Souza Pinto – Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Prof. Doutor Marcelo Fernando Borsio – Curso de Mestrado do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF.

O “NUDGE” E O PATERNALISMO LIBERTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA ESTATAL

NUDGE AND LIBERTARIAN PATERNALISM AS AN INSTRUMENT OF PUBLIC EFFICIENCY

Alexander Leonard Martins Kellner ¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é descrever a relação entre os principais aspectos da economia comportamental e o standard constitucional de eficiência estatal. A metodologia empregada reflete uma abordagem qualitativa consistente na revisão teórica da bibliografia clássica relacionada às heurísticas e vieses que permeiam a cognição humana. Sem embargo, o presente ensaio explora o movimento teórico denominado paternalismo libertário de Cass Sunstein e Richard Thaler. Por fim, cabe apontar o potencial desenvolvimento da eficiência estatal, caso embasada em arquitetura de escolha e indução através de modelos de Nudge.

Palavras-chave: Eficiência, Economia comportamental, Nudge, Arquitetura da escolha, Heurísticas, Vieses

Abstract/Resumen/Résumé

The goal of the presente article is the description of the link between the main aspects of the behavioral economics approach and the constitutional standard of public efficiency. The methodology used reflects an qualitative approach consisting on a theoretical review of the classic bibliography related to heuristics and biases that undermine human cognition. However the presente essay explores the theoretical movement called libertarian paternalismo developed by Cass Sunstein and Richard Thaler. Lastly, it's worth pointing the potential development of public efficiency if supported in choice architecture and induction through models of Nudge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Efficiency, Behavioral economics, Nudge, Choice architecture, Heuristics, Biases

¹ Mestrando em Direito Regulatório na Fundação Getúlio Vargas -RJ. Especialista em direito pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro - EMERJ

1. INTRODUÇÃO

A regulação deve considerar a racionalidade do ser humano para fins de mensurar a sua própria efetividade? A indagação acima exposta se presta a provocar reflexões acerca do modo de funcionamento de qualquer tipo de modelo regulatório, seja o mesmo estatal ou privado. No presente ensaio, passa-se a analisar a relação entre regulação estatal e sua relação, seja a mesma direta ou indireta, com o processo de tomada de decisão de um membro qualquer da sociedade.

Fato notório é considerar a racionalidade humana como premissa básica da implementação de intervenção estatal através de políticas públicas. Como será exposto adiante, trata-se de teorização que desconsidera a verdadeira forma irracional do funcionamento cognitivo humano. Ocorre que a função estatal contemporânea assume para si o encargo de prever o futuro e a reação das pessoas. Assim, a eficácia dessa previsão depende, de forma direta, do correto diagnóstico do processo cognitivo irracional do ser humano.

A Constituição Federal de 1988 consagra no seu artigo nº 37, com redação dada pela emenda constitucional nº 19 de 1998, os princípios legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O foco no presente ensaio é trabalhar o conceito de Paternalismo Libertário e sua relação direta com o princípio da eficiência estatal. O conceito de paternalismo libertário se exterioriza através de uma espécie de indução estatal com base em conhecimentos provenientes da economia comportamental, como será melhor desenvolvido adiante.

Entrementes, cabe realizar um esclarecimento inicial. A Constituição de 1988 não define o sentido do vocábulo eficiência. Assim é que, apesar de reconhecer a importância e profundidade dos debates jurídicos que envolvem o princípio da eficiência, neste trabalho será utilizada a definição defendida por Alexandre dos Santos Aragão, para fins metodológicos de operabilidade de conceitos.

Dessa forma, o vocábulo “eficiência” será considerado como “um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado.” (ARAGÃO, 2006)

2. HEURÍSTICAS E VIÉSES

Aversão à perda¹, viés do status *quo*² (VERMEULE, 2013), representatividade³, disponibilidade⁴, ancoragem⁵ (MENDONÇA, 2014), inclusive diferentes modalidades de heurísticas⁶ figuram como exemplos de que a decisão racional (ULEN, KOROBKIN, 2000), consciente e ponderada não figura como, regra geral, na vida do ser humano. Nesse sentido, confira-se:

Trabalhos no campo da psicologia procuram não apenas justificar a existência de heurísticas, como justificá-las e mostrar as propensões a erros de julgamento – ou vieses – associados à aplicação automática dos atalhos decisórios representados por heurísticas. Nesse aspecto, os trabalhos de Daniel Kahneman e Amos Tversky são os mais conhecidos meios de divulgação de pesquisas sobre como tomamos decisões e realizamos julgamentos. Esse trabalho inspirou uma série de pesquisas sobre a influência de heurísticas e vieses em diversos contextos decisórios, inclusive no direito. (LEAL, MOLHANO, 2016)

Na década de 70, o psicólogo Daniel Kahneman e o economista Amos Tversky desenvolveram através de programa de pesquisa uma taxonomia descritiva de atalhos mentais, heurísticas que funcionam na maioria das ocasiões para facilitar a vida do ser humano e viabilizar sua própria sobrevivência.

Apesar de certo grau de utilidade, as heurísticas possuem a potencialidade de contribuir para a formação de vieses cognitivos que podem direcionar o indivíduo ao cometimento de um erro, uma escolha equivocada. Confira-se:

¹ O conceito de aversão a perda pode ser exemplificado com o seguinte exemplo: Os indivíduos estão mais propensos a desconsiderar idênticas probabilidades de ganho e perda através de uma opção mais segura de evitar a perda. Ou seja, o risco de perder tudo em um investimento impede uma atuação do investidor a despeito da hipoteticamente as probabilidades de sucesso ou perda sejam iguais.

² O viés do status *quo* pode ser definido da seguinte forma: “Onde existe uma escolha entre fazer alguma coisa e não fazer nada, alguém pode decidir em não fazer nada, raciocinando que qualquer mudança do status *quo* incorre em custos de transição em prol de ganhos especulativos e não evidentes.

³ A heurística da representatividade pode ser exemplificada através de julgamentos que são influenciados por uma espécie de senso comum a respeito do que seria mais típico ou provável em uma visão sociológica de ocorrer na prática.

⁴ Decisões que se apoiam na disponibilidade de uma informação na memória. Ou seja, o indivíduo desconsidera eventuais probabilidades matemáticas com base em informações que relembre com facilidade.

⁵ A descrição da regra de economia comportamental denominada ancoragem reflete uma decisão que seria influenciada, por exemplo, pela ordem de apresentação de informações e dados ao indivíduo responsável pela decisão. Nesse sentido, através da ancoragem a distribuição inicial pode ser utilizada como parâmetro para ajustar as informações posteriores e influenciar na direção da decisão.

⁶ Em texto elaborado pelos professores Benjamin M. TABAK e José Diniz de Moraes denominado “As Heurísticas e Vieses da Decisão Judicial: Análise Econômico-Comportamental do Direito, os professores afirmam que a heurística pode ser considerada um atalho do pensamento, uma receita de bolso, e apesar de perder precisão, agiliza o processo. Os vieses seriam distorções sistemáticas nas avaliações.

Mas heurísticas são traiçoeiras. Úteis em muitos casos, tais atalhos, em certas circunstâncias, levam-nos a erros (eles produzem vieses cognitivos). Kahneman e Tversky, em estudo seminal, identificaram três heurísticas e seus vieses: a heurística da representatividade, a heurística da disponibilidade, e o efeito da ancoragem. (MENDONÇA, 2014)

O mercado e os interesses monetários⁷ já foram capazes de quantificar e aproveitar a irracionalidade humana (KAHNEMAN; TVERSKY, 1986) e os atalhos decorrentes de heurísticas. Mas e o Estado? (MENDONÇA, 2014) Quais seriam as lições que o Estado poderia retirar de análises de custo e benefício que considerassem aspectos provenientes das pesquisas e estudos no campo da economia comportamental? (SUNSTEIN, 2009) O Estado deve considerar a arquitetura da escolha em sua atuação? (CALABRESI, MELAMED, 1972) Não se trata de buscar uma resposta ou teoria universal para a análise comportamental do indivíduo, mas sim de proceder a verificação de casos, em que o sistema jurídico e regulatório se beneficie desses conhecimentos. (ULEN, KOROBKIN, 2000)

Alguns estudos no campo jurídico já foram elaborados no intuito de descrever por meio de observações empíricas, eventual influência de heurísticas na tomada de decisões por magistrados, a despeito da disciplina legal reservada a determinada matéria. Nesse sentido, confira-se trecho de trabalho destinado a observar eventual existência de uma relação entre ancoragem e a fixação de danos morais em juizados especiais cíveis:

Reconhecê-lo é crucial para que se afaste a hipótese de que o ensino e o treinamento especializados podem alterar completamente o modo como juristas organizam os seus argumentos e tomam decisões. Se há traços próprios da condição humana ou do ambiente que condicionam necessariamente o modo como argumentamos ou tomamos decisões, a existência de um raciocínio tipicamente jurídico precisa levar a sério essas limitações. Fazê-lo pode significar, inclusive, abandonar definitivamente a defesa de uma maneira tipicamente jurídica de pensar. (LEAL, MOLHANO, 2016)

Evidencia-se portanto, a relevância de se determinar se a aplicação do princípio da eficiência estatal deve considerar as heurísticas e os vieses descritos.

⁷ Na constatação do professor Benjamin M. TABAK, mais recentemente, desenvolveu-se a *teoria das finanças comportamentais* (ou economia comportamental), que, discretamente, os sistemas bancários adotaram imediatamente.” (TABAK, Benjamin M; Moraes, José Diniz de. *As Heurísticas e Vieses da Decisão Judicial: Análise Econômico-Comportamental do Direito.*)

3. ARQUITETURA DA ESCOLHA E INDUÇÃO

Diante do acima exposto, cabe tecer algumas linhas em consideração aos conceitos que são acima mencionados. Arquitetura da escolha ou *Choice architecture* (SUNSTEIN 2009) significa o ambiente social em face dos quais as pessoas fazem suas escolhas. Os referidos ambientes são impregnados de vetores axiológicos que possuem, de forma potencial, o efeito de moldar diferentes escolhas. A disposição de cadernos em uma papelaria pode estimular a compra de um produto mais caro, com base apenas na ordem da distribuição no mostruário. A presença de foto altamente gráfica pode desestimular o fumante de comprar um novo maço de cigarros. Os referidos exemplos servem para ilustrar alguns pontos que são estudados com maior profundidade na chamada economia comportamental.

Nesse sentido, a questão que deve ser colocada reflete uma indagação a respeito da possibilidade de o ordenamento jurídico influenciar o comportamento dos indivíduos, sem a utilização de qualquer instrumento coercitivo, por meio da arquitetura da escolha. Ressalve-se, contudo, que não cabe confundir a utilização de economia comportamental e a arquitetura da escolha com instrumentos de coerção estatal, a exemplo de uma sanção pecuniária periódica. Trata-se de diferenciação perpetrada em terras brasileiras pelo professor Eros Grau entre os conceitos de indução e coerção. (GRAU, 2012) A diferença mencionada possui aspectos fundantes na obra do jus filósofo Norberto Bobbio, especificamente na função promocional do direito⁸. (BOBBIO, 2007) Nesse sentido, confira-se:

No caso das *normas de intervenção por indução* defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de *normas dispositivas*. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa,⁶⁰ no de "levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual". Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como *comando*, é substituída pelo expediente do *convite* — ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza⁶¹ — de "*incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado*". Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do

⁸ Trata-se, nas palavras de Norberto Bobbio, da constatação do “emprego cada vez mais difundido das técnicas de encorajamento em acréscimo, ou em substituição, às técnicas tradicionais de desencorajamento” (BOBBIO, 2007)

direito premial. (GRAU, 2012)

Com base no que foi exteriorizado acima, a função promocional do direito (BOBBIO, 2007) e a indução estatal (GRAU, 2012) servem como base teórica para fundamentar a relação de eficiência estatal com o conceito denominado paternalismo libertário e de seu principal instrumento *Nudge*.

4. “NUDGE” E PATERNALISMO LIBERTÁRIO

A aplicação de técnicas de indução com a finalidade de busca por escolhas aptas a melhorar a qualidade de vida dos indivíduos deu surgimento a um movimento conhecido como Paternalismo Libertário (THALER, SUNSTEIN, 2008). A referida abordagem teórica resultou de uma criação conjunta de um economista, no caso Richard H. Thaler, e um jurista, o professor de Harvard Cass R. Sunstein.

Indaga-se, contudo, se a nomenclatura utilizada pelos referidos autores pode ser considerada uma contradição ou uma espécie de paradoxo terminológico? Não na visão dos referidos autores. Confira-se o seguinte trecho esclarecedor:

Nosso objetivo aqui tem sido o de descrever e defender o paternalismo libertário – uma abordagem que preserva a liberdade de escolha, mas que autoriza tanto as instituições privadas quanto as públicas a direcionarem as pessoas em rumos que irão promover o seu bem-estar. A presença de algum tipo de paternalismo é provável sempre que tais instituições ofereçam opções que prevaleçam, a menos que as pessoas expressamente escolham não participar. (THALER, SUNSTEIN, 2015)

Tal proposição parte de um conceito simples exteriorizado pelo termo *Nudge* (THALER, SUNSTEIN, 2008). Nesta linha de raciocínio, cumpre analisar a tradução do termo referido para o vernáculo: *Nudge* significa “cutucar” (com o cotovelo), empurrar.⁹ Convém lembrar que o termo de origem norte-americana não possui qualquer conotação relacionada a algum tipo de agressividade, seja a mesma física ou intelectual. O *Nudge* ou a “cutucada” é uma espécie de alerta ou aconselhamento fraternal, de cunho altruístico. O cuidado com uma tradução e conceituação sensata do referido termo pode soar como uma espécie de preciosismo, contudo, a compreensão de uma expressão, aparentemente simples,

⁹ A tradução utilizada no texto foi retirada do dicionário MICHAELIS (MICHAELIS. Moderno Dicionário Inglês. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ZpzWP>>. Acesso em: 30/03/2017.)

traduz uma ideia de não coação (SUNSTEIN, 2017), essencial ao espírito teórico que motiva o Paternalismo Libertário.

Nesse sentido, a ideia de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein é viabilizar e concretizar um modelo de interferência estatal na liberdade individual, perfeitamente adequado ao libertarianismo. Confira-se nesse sentido:

Em qualquer caso, a nossa ênfase aqui não é em impedir as escolhas, mas nas estratégias que podem mover as pessoas na direção da promoção do bem-estar, enquanto que ainda permitindo a liberdade de escolha. Evidências de racionalidade limitada e de problemas de autocontrole são suficientes para sugerir que vale a pena explorar tais estratégias. É claro que muitas pessoas valorizam a liberdade de escolha como um fim em si próprio, mas elas não devem opor-se a abordagens que preservem a liberdade enquanto que prometendo melhorar as vidas das pessoas. (THALER, SUNSTEIN, 2015)

Para facilitar a compreensão do conceito de *Nudge*, é válido apresentar um exemplo. O aparelho de GPS (em inglês, *global positioning system*) pode identificar a melhor rota, considerando condições meteorológicas, condições de trânsito entre outras, com base em um endereço previamente selecionado pelo usuário. Ou seja, o aparelho de GPS melhora o trajeto com base em uma determinação de destino final concretizada pelo próprio usuário. O GPS incrementa a navegabilidade.

Cabe falar que o aparelho é paternalístico? Sim, no sentido de que o GPS assume que é mais eficiente que o próprio usuário para determinar a rota para um destino pretendido pelo mesmo. Agora, trata-se de paternalismo de meios e não fins, ou seja, de cunho absolutamente instrumental. Confira-se Cass Sunstein:

Considere, por exemplo, um aparelho de GPS. Ele vai identificar a melhor rota para você, de acordo com a localidade que você identificar; ele te deixa melhor a partir de tuas próprias condições. Ele aumenta a navegabilidade. Ao mesmo tempo, ele é paternalístico, no sentido de que possui a pretensão de saber, melhor do que você, de como chegar onde você quer ir. Seu paternalism é um de meios e não de fins. (SUNSTEIN, 2017)

É válido o recurso à analogia, para melhor compreensão de uma abordagem paternalista com um grau fraco de intensidade. A tomada de decisões se assemelha ao processo de fala de um ser humano, ou seja, os indivíduos falam o tempo todo, tendo, ou não, consciência. (KAHNEMAN, TVERSKY, 1984) Se o administrado decide de forma

inconsciente é natural que o estado em sua busca pela eficiência explore formas de utilizar essa irracionalidade cognitiva em prol dos interesses coletivos. Assim, a ideia de eficiência estatal de políticas públicas depende diretamente de conhecimentos exógenos ao conhecimento jurídico.

Daí porque não há surpresa de que, ao se analisar uma tomada de decisão, o observador não pode desconsiderar a interdisciplinaridade referente ao tema. Por tal razão, não há como se desprestigiar a influência da matemática, da estatística, da economia, da ciência política, sociologia ou psicologia. (KAHNEMAN, TVERSKY, 1984)

É propício, ainda, destacar trecho esclarecedor a respeito da manutenção da liberdade de escolha mesmo com a utilização de técnicas relacionadas ao paternalismo libertário, a exemplo das regras de escolha padrão:

A lição geral é que regras de escolha padrão vão ter um efeito reduzido, e potencialmente nenhum efeito, quando pessoas possuem uma forte preferência a respeito de determinado resultado. Esse achado é tanto uma boa como uma má notícia. A má notícia é que arquitetos de escolhas podem não ser capazes de usar regras de escolha padrão para atingir seus objetivos. A boa notícia é que a habilidade de optar pela exclusão da escolha padrão é uma proteção importante contra padrões estúpidos ou maliciosos. Em algumas situações, no entanto, padrões podem não pegar mesmo que sejam importantes garantias. (SUNSTEIN, 2009)

Ou seja, quando a matéria ou a escolha forem importantes na visão do indivíduo, ele fatalmente exercerá, em caso de conflito com seus interesses, uma escolha diferente da opção oferecida pelo *Nudge*. Assim, verifica-se que a principal vantagem do paternalismo libertário é evitar eventuais prejuízos em decorrência de uma não escolha, decorrente de um modo *default*, automático e irracional.

5. FATOS E VALORES

Nesse mesmo sentido, um ponto extremamente relevante deve ser esclarecido. Existem fatos e valores no mundo. Ao se pensar em regulação, ou até qualquer forma de intervenção estatal, os valores podem assumir um papel relevante de determinação (CALABRESI, MELAMED, 1972). Por outro lado, existem casos em que os valores não assumem qualquer influência na decisão. Assim, os fatos quando relevantes são fortes o suficiente para fazerem pessoas com diferentes valores entrarem em concordância. Trata-se de

um aspecto importante para a defesa do paternalismo libertário. Pode ser que os críticos do referido movimento indaguem a respeito de quais os valores que deveriam nortear a decisão estatal na implementação de um mecanismo de arquitetura de escolha, um *Nudge*. Agora, quando os fatos forem fortes o suficiente, não haverá preocupação semelhante. Salvar crianças da obesidade mórbida é uma coisa boa? Evitar acidentes em rodovias, por causa do uso concomitante de um telefone celular, é uma coisa boa?

Diante do acima exposto, ressalta-se trecho da obra de Cass Sunstein:

Claro que os valores das pessoas são divergentes. Em alguns casos seus valores vão liderar as pessoas em direções competitivas independente do que as evidências falarem. O que estou enfatizando aqui é o ponto oposto, ponto mais interessante e mais negligenciado: Quando a evidência fática é clara, ela vai muitas vezes direcionar as pessoas a mesma conclusão mesmo que as referidas pessoas discordem intensamente no que diz respeito a valores. Se uma regulação vai potencialmente salvar muitas vidas, a um baixo custo, as pessoas tendem a apoiar a medida regulatória, independente de sua afiliação partidária; e se uma regulação iria produzir um pequeno benefício, a um alto custo, cidadãos tendem a não apoiar a medida, independente se gostam de elefantes ou burros. (SUNSTEIN, 2009)

A questão que deve ser enfatizada, no presente momento, é que existem diversas áreas intocadas pela autoridade estatal ou trabalhadas de forma ineficiente que podem servir como laboratório para a aplicação do paternalismo libertário. Trata-se de áreas que produzem resultados negativos notórios e que não apresentam muita divergência a respeito de uma intervenção estatal, a exemplo da saúde pública. Confira-se novamente Cass Sunstein:

Minha própria experiência no governo foi que em casos difíceis, os verdadeiros problemas normalmente envolviam os fatos, não valores, e certamente não qual grupo de interesse deveria ser favorecido. Quando as pessoas no governo estão discutindo uma regra, uma tarefa central é a verificação precisa dos fatos. O que a referida regra vai conquistar? Quanto vai custar? Se as pessoas são capazes de esclarecer os verdadeiros efeitos da aludida regra – a despeito de se relacionar a segurança nas rodovias, eficiência com energia, ar limpo, segurança no trabalho, ou educação – as pessoas tendem muito menos a discordar. (SUNSTEIN, 2009)

Nesse mesmo sentido, um projeto de pesquisa liderado por Dan Kahan, da Yale Law School, determinou que a cognição cultural é responsável por moldar a reação das pessoas a respeito de conhecimentos científicos. Observou, ainda, que os valores dos indivíduos são responsáveis por afetar diretamente a percepção do mesmo em relação a argumentos puramente factuais, mesmo se tratando de áreas extremamente técnicas. (SUNSTEIN, 2017)

Apresenta-se, aqui, um ponto extremamente importante a ser desenvolvido. Em regra, pessoas não divergem a respeito de fatos, apenas de valores como afirmado acima. A problemática é quando a interpretação dos referidos fatos se encontra condicionada ou pré-determinada com base em valores ou em uma percepção abstrata de proteção à própria identidade. Considera-se o exemplo utilizado pelo referido autor de que os norte-americanos, previsivelmente, dividem-se de forma polarizada no que tange a questões factuais, a exemplo de controle de armas, mudança climática, detritos nucleares e nanotecnologia. Essa divisão estaria relacionada com a defesa de uma ideia abstrata de identidade. (SUNSTEIN, 2017)

Confira-se:

A principal reivindicação de Kahan é que o julgamento das pessoas deriva, em grande parte, de seu senso de identidade, ou seja, de qual tipo de pessoa que eles se consideram. Como resultado, aparentemente visões grupais dispares surgem. (SUNSTEIN, 2017)

Ou seja, em princípio, pode até ser possível identificar valores específicos que influenciam o posicionamento das pessoas com relação a fatos estritamente científicos, agora, o argumento principal de Kahan, como visto, é que a fonte real do posicionamento das pessoas é seu entendimento a respeito de sua própria identidade, fato que resulta em esforço intuitivo de defender essa identidade. (SUNSTEIN, 2017)

Ainda, destaca-se que uma visão a respeito da identidade da própria pessoa é composta de valores que a pessoa acredita que devem ser defendidos, preservados. Pessoas podem ser vistas como porta-estandartes de valores componentes de suas próprias identidades, que são suficientes para quebrar a imparcialidade de um fato cruamente científico. Tal fato leva, então, o tomador de decisão a vieses, heurísticas e, conseqüentemente, a um erro. Importante que se trata de erro do ponto de vista factual, científico, matemático e não subjetivo. Esclarece-se que não se trata de advogar a visão absoluta da influência de valores e percepções de identidades na tomada de decisão, mas apenas de constatar sua existência.

Confira-se:

Em ambos os casos, trata-se de uma questão de valores em primeiro lugar e julgamentos científicos em segundo plano. E é claro, que um mercado de mídia fragmentado fortifica a relevância dos valores. Para ser preciso, valores nem sempre deslocam a ciência. Algumas questões científicas não desencadeiam um senso de identidade política; considera-se a questão se cigarros causam câncer de pulmão ou

se envio de mensagens na direção aumentam a probabilidade de acidentes. Algumas questões científicas migram: o que uma vez já foi uma questão técnica se torna politicamente inflada e o que foi uma vez politicamente inflado se torna um assunto técnico. (SUNSTEIN, 2017)

Nesse sentido, com o intuito de instrumentalizar e aperfeiçoar a noção de paternalismo libertário e suas cutucadas proativas ou empurrõezinhos altruístas, passe-se a discorrer acerca dos benefícios que o instituto pode trazer à eficiência estatal.

6. PATERNALISMO LIBERTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA ESTATAL

Diante do acima exposto, considerando-se o princípio da eficiência “como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado” (ARAGÃO, 2006), pode-se utilizar o estímulo ao controle social de políticas públicas como uma deficiência do aparato estatal brasileiro.

O viés do *status quo* pode ser definido da seguinte forma: “Onde existe uma escolha entre fazer alguma coisa e não fazer nada, alguém pode decidir em não fazer nada, raciocinando que qualquer mudança do *status quo* incorre em custos de transição em prol de ganhos especulativos e não evidentes.”¹⁰ O controle social depende de uma mudança na inércia natural dos cidadãos. Confira-se:

“A dificuldade em obter informação desestimula o controle social na medida em que impõe ao indivíduo eventualmente interessado em desempenhar esse controle um custo enorme, de tempo e esforço, na busca por dados. E, ademais, caso as informações não sejam verdadeiras ou compreensíveis, isso pode inviabilizar, afinal, qualquer controle real.” (BARCELLOS, 2015)

Tal fato fundamenta a utilização estatal de informações oriundas da ciência comportamental para fundamentar um novo modo de concretização do controle social. A mera disponibilização de informações não é suficiente. O Estado pode e deve atuar como arquiteto da escolha com a finalidade de promover o controle social. A arquitetura da escolha é exógena ao direito, ou seja, depende de interdisciplinaridade com outras ciências. Desse modo, ao se tratar da ciência comportamental, da psicologia ou da neurologia como sistemas

¹⁰ Definição livremente traduzida do seguinte trecho: “Status quo default. Where there is a choice between doing something and doing nothing, one may decide to do nothing, reasoning that any change from the status quo incurs transition costs for only speculative and unclear gains.” (VERMEULE, 2013)

complementares ao sistema jurídico, “*cada sistema – ou subsistema – coloca-se a si mesmo no papel de outros sistemas para ver, dessa perspectiva, seu próprio papel, institucionalizando mecanismos aptos a viabilizar vista seus respectivos valores, seus interesses e suas necessidades.*” (GUERRA, 2015) A respeito da mencionada interdisciplinaridade, confira-se:

“O processo de transformação da realidade é complexo e envolve muitos fatores, alguns pertinentes ao mundo do direito e outros quase totalmente insensíveis à ação das normas jurídicas. Entretanto, um dos fatores próprios ao mundo do direito, e que pode fomentar a transformação da realidade no sentido indicado pela norma, é a definição do como.” (BARCELLOS, 2015)

O exemplo da ausência de estímulos ao controle social de políticas públicas e da insuficiência da simples disponibilização de informações serve para exemplificar o viés do status *quo* e introduzir a noção de que a atuação estatal que desconsidera a cognição comportamental humana não é eficiente.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, conclui-se que o paternalismo libertário é um importante instrumento para aproximar a atuação estatal do *standard* constitucional de eficiência. O Estado é uma ficção criada em prol da sociedade e dos interesses coletivos. Se o Estado se torna ineficiente seu pressuposto mais básico de legitimidade desaparece.

Uma atuação que eleva o pressuposto da racionalidade humana a um patamar absoluto é tão inconsciente quanto a irracionalidade desconsiderada. As heurísticas e vieses que acarretam erros cognitivos não são necessariamente um defeito da natureza humana. A problemática da reatividade irracional pode dar azo a uma pro atividade que se aproxima mais de uma virtude do que de uma falha.

Ainda nesse sentido, a possibilidade de utilização pelo Estado brasileiro do paternalismo libertário e suas cutucadas proativas ou empurrõezinhos altruístas encontra esteio na previsão do princípio da eficiência insculpido no artigo nº 37 da Constituição Federativa do Brasil.

Deve ser esclarecido que existem inúmeros outros princípios e dispositivos constitucionais que fundamentam a utilização estatal da arquitetura da escolha. Poderia ser utilizado como exemplo o princípio da publicidade também previsto de forma expressa no texto constitucional. Nesse sentido, como afirmado no capítulo final do presente artigo, uma atuação estatal que desconsidera heurísticas e vieses e implementa o princípio da publicidade e transparência através de uma simples prestação unilateral de informação não poder ser considerada necessariamente eficiente.

Assim, a desconsideração da forma irracional cognitiva de tomada de decisões poderia fundamentar a violação ao princípio da publicidade, do princípio da eficiência compreendido como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, ou até de uma combinação entre os dois princípios: A eficiência do próprio princípio constitucional da publicidade.

Diversos países, inclusive o Brasil, já utilizam conhecimentos oriundos de economia comportamental para efetivação de políticas públicas, a exemplo das imagens gráficas nas

embalagens de produtos derivados de tabaco que funcionam como desestímulo ao consumo. A questão que resta é qual modelo de arquitetura de escolha será utilizado para implementar um *Nudge* direcionado aos agentes públicos em prol da ampliação do paternalismo libertário no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Princípio da Eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18.05.2017

BARCELLOS, Ana Paula de. **Acesso à Informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011**. Revista Quaestio Iuris - Vol. 8, N°03, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

CALABRESI, Guido and MELAMED, A. Douglas, **Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral** (1972). *Faculty Scholarship Series*. Paper 1983. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1983

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 384 p.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. **O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro**. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Simon & Schuster. Newyork, 2009.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. **O paternalismo libertário não é uma contradição em termos**. Trad. Fernanda Cohen. **Civilistica.com**. Revista eletrônica de

direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>>. 30/03/17.

SUNSTEIN, Cass R. **“Better Off, As Judged By Themselves”**: A Comment on Evaluating Nudges. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2949855>.

SUNSTEIN, Cass R. **#Republic: Divided democracy in the age of social media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TABAK, Benjamin M; Moraes, José Diniz de. **As Heurísticas e Vieses da Decisão Judicial: Análise Econômico-Comportamental do Direito**. 2017.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, c2008.

ULEN, Thomas S; Korobkin, Russel B. **Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics**. California Law Review, Vol. 88, 2000. p. 17

VERMEULE, Adrian, **Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)** (March 25, 2013). Harvard Public Law Working Paper No. 13-24. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2239155> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2239155>.