

LEGISLAR COMO MEIO PARA UM FIM: *HOW MUCH IS TOO MUCH, HOW LITTLE IS TOO LITTLE?*

Raquel Franco¹

1. INTRODUÇÃO



Quando Frederico II da Prússia, também conhecido por Frederico, o Grande, rei da Prússia desde 1740 até à sua morte, em 1786, se apercebeu de que o seu povo, assolado pela fome, pela guerra e pelas epidemias, poderia beneficiar da introdução da batata na sua dieta quotidiana, mandou semear campos de batata próximos do palácio real e ordenou que os seus súbditos o fizessem também nas suas hortas. Estes, habituados ao trigo e ao centeio como base da sua alimentação – cereais que utilizavam para fazer pão, de acordo com a referência bíblica –, rejeitaram a indicação do rei e desdenharam o tubérculo. Aborrecido com o povo insurreto, Frederico reagiu fazendo aprovar uma ordem nos termos da qual quem não cultivasse batata ficaria sem orelhas e mãos. Nada feito. A Bíblia não continha qualquer referência à batata, sendo esta, no máximo, boa para alimentar os

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Assistente convidada da FDUL, onde leciona a disciplina de Economia I. Exerce também funções como árbitra no CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa, e como advogada. Foi adjunta do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros e do Ministro dos Assuntos Parlamentares, tendo ainda exercido funções como jurista na Área de Supervisão Prudencial do Banco de Portugal. Apresentou a dissertação de mestrado científico, na menção de ciências jurídico-económicas, sob o tema “Teoria económica da decisão: percurso evolutivo e aplicações jurídico-normativas”.

animais.

Frederico recuou, então, e refinou o método: em vez de mandar cortar orelhas e mãos, usou a curiosidade do povo para o levar a adotar o comportamento desejado: mandou que guardas reais passassem a vigiar os campos com as plantações de batata que ficavam próximos ao palácio de forma muito apertada durante o dia e de forma muito descuidada durante a noite. Resultado: o povo, animado pela curiosidade acerca da plantação real e pela perspectiva de conseguir surripiar umas sementes à socapa dos guardas reais, fez exatamente o que Frederico queria. Para a história, além de outros, ficou este grande feito de Frederico, o Grande: o de ter contribuído para a salvação do povo, não só da Prússia, mas da Europa através da introdução do poderoso carbo-hidrato na sua dieta.

A área de pesquisa que se convencionou designar por economia comportamental agrega hoje um conjunto extenso de achados acerca do comportamento humano reunidos em torno da percepção dos limites da racionalidade do agente económico, *rectius*, do ser humano.

O regresso a uma abordagem multidisciplinar do seu objeto por parte da ciência económica – fruto, talvez, da percepção da excessiva *ascetização* do dito objeto trazida pela necessidade de contribuir para a ascensão científica da economia² – não é imune a críticas³. Será, porventura, necessário que

² Cf., entre outros, DEIRDRE MCCLOSKEY, 1986, *The Rhetoric of Economics*, Journal of Economic Literature, vol. 21, n.º 2, pp. 489-490.

³ Os defensores do modelo neoclássico salientam que o rigor descritivo pretendido pela economia comportamental tem um preço demasiado elevado – a eliminação praticamente total da capacidade preditiva da teoria. Salientam, a esse propósito, que enquanto o modelo tradicional fornece uma base clara para o estabelecimento de previsões comportamentais, o *behavioral man* é imprevisível, acusando, assim, a economia comportamental de não conseguir fornecer mais do que provas de anomalias comportamentais, as quais são insuficientes para a criação de um novo modelo descritivo da conduta humana e, por maioria de razão, impedem a extração de quaisquer ilações normativas. Cf. RICHARD POSNER, 1998, *Rational Choice, Behavioral Economics and the Law*, Stanford Law Review, vol. 50, n.º 5, pp. 1551-1575; MARK KELMAN, 1998, *Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein,*

decorram algumas décadas mais até que se consigam retirar padrões comportamentais consolidados das observações já reunidas. Contudo, isso não significa que os seus *inputs* não possam, desde já, ser ponderados em determinadas áreas da vida contemporânea em que o conhecimento acerca do comportamento humano é vital para se atingirem os objetivos visados. Uma dessas áreas é a área legislativa, ou, de forma mais ampla, o campo das políticas públicas.

2. DELIMITAÇÃO DO TEMA

A presente análise visa discutir o impacto dos *inputs* da economia comportamental para a prossecução de políticas públicas, nomeadamente através do exercício do poder legislativo pelo Estado.

Para esse efeito, partimos de três ideias evidenciadas pela economia comportamental: (i) a de que a legislação (o conjunto de normas emanadas dos órgãos próprios com poder legislativo atribuído por normas de competência) é parte da informação que integra o ambiente de decisão do indivíduo; (ii) a de que, em decorrência da afirmação anterior, o legislador é um *choice architect*, no sentido em que, através da sua ação, impacta o ambiente de decisão dos sujeitos e, desse modo, condiciona as suas escolhas; (iii) por último, a de que a complexidade dificulta o processo de decisão e condiciona a escolha do sujeito⁴.

Tendo em conta estas três ideias, propomos que o exercício da função legislativa seja reequacionado sob dois pontos de vista. Em primeiro lugar, o de que a legislação deve evoluir

and Thaler, Stanford Law Review, vol. 50, n.º 5, pp. 1577-1591.

⁴ SHEENA S. IYENGAR/WEI JIANG/GUR HUBERMAN, 2004, *How Much Choice Is Too Much? Contributions to 401(k) Retirement Plans*. In *Pension Design and Structure: New Lessons from Behavioral Finance*, Mitchell, O.S and Steve Utkus, S. (eds.), Oxford University Press; SHEENA S. IYENGAR/EMIR KAMENICA, 2010, *Choice Proliferation, Simplicity Seeking, and Asset Allocation*, Journal of Public Economics, 94: pp. 530-539.

de ser um exercício de poder, vista como qualquer coisa em si mesma, para passar a ser vista como um exercício funcional, que só realiza o seu fim se o comportamento desejado for efetivamente obtido. Em segundo lugar, no sentido de o Estado ser um facilitador – e não um complexificador – da vida dos cidadãos, assumindo a missão de criar as condições para que os cidadãos possam prosperar (em termos gerais, não apenas económicos), poupando-os a esforços comportamentais acessórios que têm um efeito de *crowding out* sobre aplicações cognitivas potencialmente mais produtivas.

3. A REALIDADE QUE SUBJAZ À NORMA JURÍDICA E A NORMA JURÍDICA QUE MOLDA A REALIDADE

A importância da análise da realidade subjacente a uma qualquer construção jurídico-normativa – passo essencial na construção de legislação finalisticamente orientada – pode ser ilustrada por duas estórias reais: a primeira tem a ver com um fenómeno ocorrido em Inglaterra e no País de Gales durante os anos 60 do século XX, em que se verificou uma inusitada redução da taxa de suicídio que só com um olhar mais aprofundado pôde ser explicada; a segunda tem a ver com os efeitos da liberalização do mercado do gás e da eletricidade no Reino Unido, entre finais do séc. XX e início deste século.

Quanto à primeira estória, é demonstrativa da profundidade das interconexões subjacentes a alguns fenómenos sociais e de como o excesso de simplicidade na sua abordagem pode comprometer o sucesso da fórmula adotada por uma política pública que com eles pretenda lidar. Por outro lado, mostra como uma interferência acidental num comportamento pré-determinado a um fim muito significativo pode alterá-lo por completo. Efetivamente, constatou-se que, a partir do ano de 1963, a taxa de suicídio em Inglaterra e no País de Gales começou a descer significativa e drasticamente – em menos de uma década caiu

cerca de 30% –, o que não era comum (era normal haver diferenças de uns anos para os outros, mas não uma diminuição consistente de ano para ano)⁵. A curiosidade provocada pelo fenómeno levou a que o mesmo fosse analisado com maior profundidade e detalhe e então descobriu-se que o que estava a ocorrer era uma descida drástica num tipo de morte por suicídio – a morte por ingestão de monóxido de carbono de quem colocava a cabeça no forno de casa para morrer (até aos anos 60, a forma mais comum de cometer suicídio nestas regiões). E porquê? Porque o tipo de gás que era usado nestas regiões passou de gás produzido a partir de carvão para gás natural proveniente do Mar do Norte. Ora, este gás natural tinha níveis muito inferiores de monóxido de carbono, que chegavam para provocar uma dor de cabeça, mas não para matar⁶. Quem escolhia morrer desta forma deparava-se, portanto, com um obstáculo, um *empecilho*, na realização da sua vontade.

A segunda estória tem a ver com a reação dos consumidores à liberalização dos mercados do gás e da eletricidade no Reino Unido e pretende demonstrar como uma assunção errada acerca do comportamento humano levou a que uma política pública se revelasse um insucesso no que diz respeito ao impacto direto pretendido sobre os consumidores e ao impacto indireto pretendido sobre a concorrência. O que sucedeu foi que, depois das reformas levadas a cabo nos anos 80 e 90 no sentido de se liberalizarem os mercados da energia – com os objetivos de abrir

⁵ O número total de mortes por suicídio em Inglaterra e no País de Gales subiu de 4.471 em 1950 para 5.714 em 1963 e depois desceu acentuadamente na década subsequente, atingindo o menor número (3.693) em 1975. Cfr. Lak Hills/Michael Alderson, *Suicides 1850-82*, Medical Statistics Division OPCS, 1984, disponível em https://www.google.pt/?gfe_rd=cr&ei=HRlhWbqvEo_Y8get55aQCA&gws_rd=ssl#q=suicide+england+wales+1850+82+lak+bulusu+michael+alderson+&spf=1499536374574

⁶ NORMAN KREITMAN, 1976, *The coal gas story: UK suicide rates 1960-1971*, British Journal of Preventative and Social Medicine, vol. 30, pp. 86-93, disponível online em <http://pubmedcentralcanada.ca/pmcc/articles/PMC478945/pdf/brjprevsmed00022-0018.pdf>.

o mercado à entrada de mais fornecedores, assim permitir maior liberdade de escolha por parte dos consumidores e provocar maior concorrência –, no ano 2000, apesar de as pessoas poderem poupar em média cerca de 200 libras por ano ao mudarem de fornecedor, constatou-se que apenas 1 em cada 10 o fazia⁷. Só em 2015, por mão da *Behavioral Insights Team* (BIT)⁸, se conseguiu que as empresas fornecedoras de energia fossem obrigadas a inserir um código QR – [*quick read code*] – na fatura dos consumidores, com a descrição do respetivo padrão de consumo, de forma a que, depois de lido pelo telefone através de uma aplicação própria, o consumidor pudesse saber que empresas, em concreto no seu caso, lhe ofereciam tarifas mais baratas. Com esta pequena grande alteração, grande parte da complicação inerente à mudança foi eliminada. Nesse momento é que se começaram realmente a sentir os efeitos da liberdade de escolha do fornecedor de energia – porque só nesse momento é que os consumidores tiveram (i) incentivo suficiente e (ii) facilidade suficiente para decidirem mudar. Mais uma vez, a complexidade, a chatice, mostraram ser inibidores de um comportamento que até traria vantagens financeiras para o consumidor, mas que era demasiado penoso.

O que é que estes exemplos nos dizem? Desde logo, ambos revelam a importância dos custos de fricção no comportamento humano. No exemplo do suicídio, seria de pensar que uma decisão tão importante como a de acabar com a própria vida não sofreria o impacto de um revés com o método escolhido para o efeito. No entanto, o que mostra o exemplo é que a fricção causada pela inadequação do meio acaba por ser definitiva para o não cumprimento da escolha previamente feita. Além disso, o exemplo do suicídio demonstra também que os fenómenos sociais são extraordinariamente complexos e não podem ser

⁷ DAVID HALPERN, 2015, *Inside the Nudge Unit. How small changes can make a big difference*, pp. 153 e ss.

⁸ <http://www.behaviouralinsights.co.uk/>

analisados de uma forma linear ou perfunctória. Do ponto de vista de quem quer interferir sobre os fenômenos sociais (como é o caso do decisor público), significa que é essencial proceder a uma análise cuidada e prolongada dos mesmos, procurar perceber porque é que os fenômenos ocorrem, como é que ocorrem, que sentido é que lhes subjaz, antes de se desenhar uma qualquer estratégia para lidar com os mesmos.

O exemplo do mercado energético demonstra exatamente a mesma coisa: os custos de fricção são suficientes para adiar ou mesmo afastar um caminho que, do ponto de vista da escolha puramente racional, levaria a um resultado melhor para o consumidor. De um ponto de vista mais abrangente, este exemplo diz-nos também que a forma como se caracterizam os sujeitos de uma política pública condiciona o tipo de política pública que é desenhada para chegar até aos mesmos. No caso, se olharmos para os sujeitos como agentes puramente racionais, vamos pensar que a simples alteração de regime no sentido de aumentar a concorrência, a oferta, de fornecedores de energia, terá um efeito direto, benéfico, para os consumidores, que imediatamente diligenciarão no sentido de mudar de fornecedor para pagarem menos. O que é que esta perspetiva esquece? Nomeadamente os custos de fricção, algo que nunca foi contemplado pela teoria da escolha racional, mas cuja importância é assinalada pela economia comportamental. Ora, se considerarmos os custos de fricção, vamos perceber que a “chatice” de ter que (i) descobrir quem é o nosso fornecedor; (ii) por que condições se guia o contrato que temos em vigor; (iii) que alternativas em termos de fornecimento energético temos no local onde vivemos; (iv) que condições são oferecidas por essas empresas alternativas; (v) qual a melhor de entre essas empresas alternativas; (vi) o que precisamos de fazer para celebrar um contrato com essa empresa e cancelar o contrato atual...vai condicionar de forma determinante a conduta dos consumidores, que não vão melhorar a sua vida em termos de gastos com o consumo energético só porque

o mercado lhes oferece agora várias alternativas em vez de uma só. A complexidade do ambiente de decisão, ou seja, a complexidade inerente à escolha – que não foi considerada pelo legislador quando desenhou a via legislativa que entendeu ser adequada para alcançar os objetivos de política pública pretendidos –, acabou por ter um impacto decisivo sobre o comportamento dos sujeitos, condicionando a sua resposta aos incentivos comportamentais criados por via legislativa e votando ao insucesso a política pública em questão.

4. O DIREITO COMO EXERCÍCIO FUNCIONAL

Aqui chegados, importa retomar o que dissemos acima acerca da ideia do direito enquanto exercício funcional, isto é, enquanto construção do legislador destinada a produzir determinado fim. Neste sentido, é especialmente importante definir-se a forma como a norma jurídica encontra o seu lugar no seio de um processo de decisão sobre uma ação juridicamente relevante, isto é, como é que a informação contida no enunciado jurídico-normativo é absorvida e processada pelos sujeitos na formação de decisões com relevância para o Direito.

O processo através do qual as normas jurídicas podem transformar-se em razões para agir, que influenciam o comportamento dos seus destinatários, é complexo, podendo ser descrito, no que respeita ao seu conteúdo essencial, em três passos: o primeiro reside na tarefa de busca de informação relevante para o apuramento do padrão de conduta a adotar em determinada situação ou relação na qual o sujeito se encontra ou poderá vir a encontrar (o que implica que a adoção do preceituado pela norma jurídica dependerá de ser essa a fonte normativa escolhida pelo sujeito no seu processo de busca); o segundo implica uma tarefa cognitiva, na medida em que, depois de obter a informação normativa relevante, é necessário que o sujeito a compreenda e saiba como a aplicar (ou seja, se se verificar que o padrão

de conduta previsto pelo sistema jurídico é o efetivamente escolhido, o sujeito terá de conseguir compreender o sentido de dever ser que a norma aplicável postula para que a conduta prevista na norma seja executada); o terceiro consiste na condução de uma análise valorativa, no âmbito da qual o sujeito decide se aceita o sentido de dever ser postulado pelas normas que encontrou e, em caso afirmativo, atua em consonância com ele (depois das etapas precedentes, o sujeito terá ainda que querer aplicar a norma jurídica em causa). Para a norma jurídica poder influenciar o comportamento humano é, portanto, necessário, em primeiro lugar, que os sujeitos tenham conhecimento das normas jurídicas (elemento cognoscitivo), em segundo lugar que as compreendam (elemento cognitivo), e, em terceiro lugar, que decidam atuar de acordo com as suas determinações (elemento volitivo)⁹. Como qualquer outra decisão, também a decisão com relevância jurídica dependerá das características do contexto em que o sujeito toma a sua decisão.

A tradicional análise económica do Direito lança mão do modelo comportamental utilizado pela *mainstream economics* para caracterizar o tipo de resposta comportamental esperado dos sujeitos que compõem a comunidade jurídica relevante: utiliza, portanto, o modelo comportamental resultante da teoria da escolha racional, com a conseqüente amputação de uma dose substancial de realismo relativamente à forma como os sujeitos tomam as suas decisões e adotam as suas escolhas.

Porém, o legado *hartiano* de valorização da perspectiva interna dos indivíduos que são sujeitos de normas jurídicas

⁹ Revisita-se, aqui, a dicotomia estabelecida por MACCORMICK no aspeto interno da norma entre o elemento cognitivo, que permite aos sujeitos identificarem, ou relacionarem, determinado comportamento adequado a determinada situação ou contexto e o elemento volitivo, que fundamenta a existência de uma preferência pela prática de determinada conduta prevista por uma norma jurídica quando as circunstâncias que o convocam ocorrem, acrescentando-se o elemento cognoscitivo que se refere à busca que o sujeito terá que fazer para conhecer os sentidos de dever ser aplicáveis a determinada situação. Cfr. NEIL MACCORMICK, 2007, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press; pp. 66-67.

sugere que a compreensão do comportamento humano é uma ferramenta essencial para a operacionalização da ordem jurídico-normativa, posto que seja seu objetivo assumido constituir-se como parte fundamental das razões para agir dos seus destinatários, orientando as respectivas condutas. Assim, porque a sociedade utiliza a ordem jurídico-normativa para incentivar os indivíduos a agir de determinada forma, muitas vezes diferente daquela que aqueles instintivamente adotariam, esse objetivo fundamental torna a construção do edifício jurídico extremamente dependente da compreensão das múltiplas causas do comportamento humano, cuja profundidade determinará até que ponto a norma é capaz de, efetivamente, cumprir o seu propósito. A otimização dessa pretensão não se faz, por conseguinte, contra os processos cognitivos e emocionais que são inerentes ao processamento da informação na mente humana. O Direito é informação. Se pretende ser adotado é pelo menos razoável que compreenda os mecanismos a que é sujeito no processo de decisão dos seus destinatários. Só a influência na razão prática pode permitir à norma jurídica influenciar o contexto em que habitam os seus sujeitos.

5. RELEVÂNCIA DOS *INPUTS* DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL PARA A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO. EM CONCRETO, A ESCOLHA DA FÓRMULA ADEQUADA

Estamos em crer que a função social do direito não se esgota com a sua construção, pressupondo antes o estreitamento da relação dinâmica entre o direito e a realidade – uma perspectiva que encara o direito como realidade decorrente de um ato de vontade – o *act of will*, nas palavras de KELSEN¹⁰–, mas que vai

¹⁰ “Using a figure of speech, we say: the norm is created or posited by an act of will; then it is a positive norm. The law as a system of norms created by acts of human will is positive law. The Pure Theory of Law is a theory of positive law.” HANS KELSEN, 1959, *On the Basic Norm*, California Law Review, vol. 47, n.º 1, p. 107.

um pouco além, considerando que, sendo a vontade necessariamente orientada a um fim (toda a vontade é, bem ou mal, finalisticamente orientada), na identificação dessa vontade está presente, ainda que implicitamente, a questão da *função da lei*.

Não obstante o progresso operado por KELSEN na caracterização do direito como uma construção do legislador dotado de competência para o efeito, porventura porque a *Teoria Pura* pretendeu descontaminá-lo de ideologias políticas e morais, criando uma ciência normativa, à margem das ciências naturais e sociais, à qual interessava sobretudo analisar o direito existente e não as razões pelas quais este existia¹¹, a sua teoria acabou por se virar para si mesma, tornando-se num conjunto de proposições encadeadas acerca de normas, no âmbito de uma cadeia de validade desde a norma pressuposta (*Grundnorm*) até à realização fáctica do direito. O facto de uma sociedade ter um determinado sistema jurídico decorre, para KELSEN, do facto de aquela ser dotada de estruturas com competência para o criar, e não do facto de esse sistema ser apto ou adequado à satisfação de determinados interesses subjacentes à vida em sociedade. Portanto, a questão da relação entre o direito e a sua função social não é relevante, o que resulta num *detachment* entre o bloco normativo e os seus destinatários. Por outro lado, esta perspetiva desconsidera também que, hoje em dia, muitas normas são compreendidas como normas *meio*→*fim*, i.e., orientadas à produção de um *impacto* nos destinatários.

Do ponto de vista da teoria do direito, a perspetiva só começa a mudar de forma relevante com HART, que realçou a questão da *perspetiva interna* do destinatário da norma e da importância da percepção deste em relação à norma. Para HART, a obrigação de realizar uma conduta (e por isso a obrigação de legislar) é praticamente apenas uma questão de percepção: as normas jurídicas criam obrigações quando são “*pensadas* como

¹¹ *The Pure Theory of Law*, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, disponível online em <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/>

importantes porque *se acredita que são necessárias*.¹²

Desde então, a tradição jurídica tem vindo a avançar no sentido de realçar a relevância do *estreitamento da relação entre lei e o seu destinatário*. A lei enquanto símbolo da relação entre Governante e Governado deve ser compreendida na sua dimensão além ato da vontade do Governante contido num determinado sistema de produção normativa – ou seja, na sua dimensão funcional, enquanto forma de realizar uma determinada política. Tornam-se prementes as questões da eficácia (em termos de realização do objetivo de *problem-solving* relativamente a um determinado *target-group*) e de eficiência (em termos de ponderação custo-benefício da intervenção legislativa). Deste ponto de vista, as várias formas de regulação da vida pública de que o Estado dispõe, nomeadamente através do sistema normativo próprio – o sistema jurídico – não são nada em si mesmas: valem apenas enquanto meios para realização de funções – de coordenação, de expressão de valores, de conformação de condutas. Devem, portanto, ser sujeitas a um teste de praticabilidade, de eficiência e de eficácia na realização da função em vista da qual foram concebidas.

Se assim é – e admitindo que é – é fundamental ter presente que a forma como as soluções regulatórias são concebidas depende da perspetiva que se adota em termos de comportamento dos respetivos sujeitos. Ora, os sistemas jurídicos ocidentais são ainda muito baseados na *standard rational choice*, ou seja, na ideia de que a ordem normativa é absorvida de forma linear pelo agente decisor: (i) as pessoas têm conhecimento da lei; (ii) as pessoas pesam os prós e os contras de cumprir a lei; (iii) as pessoas decidem cumprir a lei porque concluem que os prós de cumprir são superiores aos contras de não cumprir¹³. Assim, os *inputs* normativos conduzem a alterações lineares nos

¹² HERBERT HART, 1961, *The Concept of Law*, P. GANE/T. HONORE/J. STAPLETON (eds.), Clarendon Law Series, 2.a edição, 1994, Oxford University Press.

¹³ Uma perspetiva tributária de GARY BECKER – v. *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76, n.º 2 (Mar. - Apr., 1968): 169-217.

comportamentos dos sujeitos: a criação de uma norma, a extinção de uma norma, a alteração de uma norma conduzem a alterações nos *preços relativos* das condutas, as quais são absorvidas pelos destinatários e integradas de forma determinante nas suas ações.

A economia comportamental veio demonstrar que nem sempre é assim, essencialmente através de contributos em três áreas do comportamento humano. Em primeiro lugar, na área da percepção, tornando claro que a percepção do sujeito condiciona a forma como este vê a realidade – sendo aquela influenciada por um sem número de fatores, desde a história pessoal, à educação, ao humor. Em segundo lugar, na área da psicologia social, ilustrando a relevância do comportamento do outro na definição do nosso próprio comportamento. São especialmente marcantes, a este propósito, as experiências sobre o conflito entre a obediência à autoridade e a consciência pessoal levadas a cabo por STANLEY MILGRAM nos anos sessenta do século XX, em que o autor procurou aprofundar empiricamente as justificações oferecidas por alguns arguidos nos julgamentos de Nuremberga, que salientavam a necessidade de obediência à autoridade como fundamento para os seus comportamentos genocidas. Numa série de experiências levadas a cabo na Universidade de Yale, nos Estados Unidos, o autor concluiu pela existência de uma tendencial natural, consequente da forma como somos educados e das várias experiências de obediência à autoridade que vamos tendo ao longo do crescimento, para obedecer àqueles que são vistos como autoridade legítima, quer por razões morais, quer por razões jurídicas, mesmo se isso implicar matar um ser humano inocente¹⁴. A terceira ordem de contributos em torno do comportamento humano revelada pela economia comportamental centra-se na área da psicologia cognitiva, chamando a atenção

¹⁴ STANLEY MILGRAM, 1963, *Behavioral Study of Obedience*, Journal of Abnormal and Social Psychology, vol. 67, n.º 4, p. 371-378.

para os nossos processos mentais efetivos – atalhos mentais¹⁵ e pré-conceitos, para a forma como procedemos a análises probabilísticas¹⁶ e para a relevância das emoções no processo de decisão¹⁷.

Todos estes contributos, de forma transversal, chamam a atenção para a relevância da interferência da complexidade no processo de decisão e escolha do ser humano, sugerindo o repensar do exercício da função legislativa sob, pelo menos, dois pontos de vista: (i) por um lado, identificando as situações em que o sistema jurídico acrescenta complexidade às decisões e escolhas dos sujeitos, obrigando-os a despende esforços de decisão adicionais que limitam a respetiva capacidade de concentração em objetivos de bem-estar e a na sua própria realização pessoal (uma espécie de *deadweight costs*, que nada acrescentam e só provocam desperdício de recursos); (ii) por outro lado, identificando as situações em que o objetivo final da norma jurídica – o objetivo de política pública prosseguido – não é atingido porque os custos de fricção que não foram considerados impedem a sua realização.

No primeiro conjunto de situações encontram-se os casos de excesso de complexidade decisional causados pela norma jurídica. Sendo esta um elemento informativo presente no

¹⁵ DANIEL KAHNEMAN, 2003, *Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics*, American Economic Review, vol. 93, n.º 5, pp. 1449-1475; KAHNEMAN, DANIEL/AMOS TVERSKY, 1979, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, Econometrica, vol. 47, n.º 2, pp. 263-292; *Idem*, 2000, *Choices, Values and Frames*, 10.ª edição, Cambridge University Press; GIGERENZER / PETER M. TODD / THE ABC RESEARCH GROUP, 1999, *Simple Heuristics that Make Us Smart*, Oxford University Press.

¹⁶ DANIEL KAHNEMAN, DANIEL / AMOS TVERSKY, 1972, *Subjective Probability: A Judgment of Representativeness*, Cognitive Psychology, vol. 3, n.º 3, pp. 430-454; *Idem*, 1973, *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, Cognitive Psychology, vol. 5, n.º 2, pp. 677-695.

¹⁷ BARBARA MELLERS/IDO EREV/DANIEL FESSLER/CHARLOTTE HEMELRIJK/RALPH HERTWIG/KEVIN LALAND/KLAUS SCHERER/THOMAS SEELEY/REINHARD SELTEN/PHILIP TETLOCK, 2001, *Effects of Emotions and Social Processes on Bounded Rationality*, in *Bounded Rationality – The Adaptive Toolbox*, G. GIGERENZER/R. SELTEN (eds.), The MIT Press.

ambiente de decisão do sujeito, quanto mais complexa for, maior esforço cognitivo exigirá do sujeito e, portanto, mais exigente em termos de recursos cognitivos será. Sendo a escassez de recursos cognitivos uma realidade inexorável, a utilização desses recursos na tarefa de integração da norma jurídica no processo de decisão – seja para a adotar ou não – implica a sua não utilização noutras tarefas que poderiam revelar-se mais aptas a contribuir para o bem-estar do sujeito. A este respeito, importa aqui notar as vozes que têm vindo a assinalar o papel da felicidade enquanto objetivo desejavelmente transversal a todas as políticas públicas, sem, porém, esquecer que o que faz cada indivíduo em concreto feliz é algo de radicalmente individual – não existindo fontes objetivas e universais de felicidade – pelo que ao Estado caberia sobretudo criar as condições para que os indivíduos possam ser felizes, ficando a cargo dos últimos descobrir como e pô-lo em prática¹⁸.

Quanto ao segundo conjunto de situações, diz respeito aos casos em que, na construção da solução jurídica destinada a dar concretização à política pública previamente definida, não são de todo, ou não são devidamente, tidos em conta os encargos presentes no processo de decisão abrangido pelo conjunto normativo em questão, o que impede a concretização com sucesso da solução desenhada pelo decisor público. É exemplo desta incorreta configuração da política pública por erro na atribuição de relevância à complexidade e aos custos de fricção presentes no ambiente de decisão o caso apresentado *supra* relativamente à política pública de liberalização do mercado energético no Reino Unido.

Que respostas podem ser dadas a estas questões? Desde logo, é possível identificar algumas das situações em que os sujeitos têm mais dificuldade em decidir e em que cabe ao Estado

¹⁸ RICHARD LAYARD, 2005, *Happiness. Lessons from a New Science*, London: Penguin Press; KURT BAYERTZ/ THOMAS GUTMANN, 2011, *Happiness and Law*, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2011/11; BRUNO S. FREY, 2008, *Happiness: A Revolution in Economics*, MIT Press.

facilitar o processo de decisão: (i) ambientes de grande complexidade (por exemplo, os criados em certas decisões financeiras que implicam a escolha entre vários produtos financeiros complexos); (ii) decisões únicas ou pouco frequentes (que curso ou faculdade escolher; que plano de reforma adotar); (iii) escolhas que não têm *feedback* ou cujo *feedback* é muito diluído (por exemplo, decisões relacionadas com a saúde, o nível de exercício adequado, comportamentos de vício com impacto físico); (iv) decisões em que a avaliação da escolha pela experiência é difícil porque não há tempo suficiente para avaliar as alternativas – que restaurante escolher quando se janta pela primeira vez numa cidade estrangeira? Que plano de saúde escolher?

Nestes casos, tem vindo a ser sugerida a utilização de fórmulas que (i) orientam ou guiam comportamentos, (ii) atendendo aos constrangimentos do processo de decisão dos sujeitos, (iii) sem constranger a respetiva escolha – os *nudges*¹⁹.

6. A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA FÓRMULA REGULATÓRIA AOS SUJEITOS DESTINATÁRIOS. EM CONCRETO, OS MÉRITOS E FRAGILIDADES DOS *NUDGES*.

Antes de entrarmos na discussão acerca das virtualidades dos *nudges*, notemos que a utilização destas fórmulas de orientação do comportamento humano como instrumento de realização de políticas públicas não é uma invenção moderna. O exemplo de Frederico, o Grande, com que começamos este texto, é disso prova, juntamente com o desenho de linhas brancas nas estradas como forma de distinguir as faixas de rodagem conduzindo os condutores para o seu lado da estrada²⁰. No fundo, são

¹⁹ RICHARD H. THALER / CASS SUNSTEIN, 2009, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, London: Penguin Books; CASS SUNSTEIN, 2013, *Simpler: the future of government*, Simon & Schuster.

²⁰ Uma fórmula que remonta às primeiras décadas do século XX, como assinala DAVID HALPERN – cf. *Inside the Nudge Unit: how small changes can make a big*

respostas regulatórias que pressupõem já qualquer coisa acerca da resposta dos seus destinatários: no caso de Frederico, o Grande, que a pura e simples imposição nem sempre funciona; no caso da delimitação das faixas de rodagem, que a simplicidade do caminho pode ajudar à eficácia da solução.

A intervenção social efetuada através do sistema jurídico deve nascer sempre de uma ponderação entre os custos e as vantagens de se preservar a autonomia privada de alguém face aos custos e às vantagens de se preservar qualquer outro interesse, individual ou coletivo. Assim como essa, todas as restantes formas de intervenção devem ser objeto de um exame prévio na medida em que podem revelar-se um custo excessivo para a sociedade que torne injustificável ou ilegítima a sua implementação. Assim, mesmo a identificação de desvios, quer ao nível do raciocínio, quer ao nível das escolhas, no comportamento humano observado face ao comportamento humano idealizado pela escola económica neoclássica e que ainda subsiste, maioritariamente, como padrão de referência, não autoriza o passo imediato para a intervenção paternalista, qualquer que ela seja.

Além de considerações que se prendem com a liberdade de escolha individual e com a margem de autonomia dos sujeitos, a decisão de adoção de qualquer tipo de intervenção pública deve ser precedida de uma análise dos custos associados a essa forma de intervenção. Essa exigência aplica-se, naturalmente, a intervenções ditas paternalistas, as quais geram uma diversidade de custos de implementação que devem ser objeto de ponderação aprofundada. Além dos custos gerais envolvidos numa ação pública, as intervenções paternalistas envolvem ainda custos específicos diversos, tais como: (i) o facto de se impor um custo aos cidadãos que já agiriam da forma considerada correta sem aquela intervenção (por exemplo, as restrições à aquisição de determinados produtos nos mercados financeiros por determinadas categorias de investidores impõem um custo aos investidores

“racionais” ao reduzir a sua flexibilidade de investimento); (ii) o facto de restringirem as opções de escolha, o qual consubstancia um custo para os agentes que valorizem a liberdade de escolha; (iii) o facto de, ao reduzirem o *feedback* que poderia resultar das decisões autónomas dos indivíduos, inibirem a sua capacidade de aprendizagem, o que tem o efeito perverso de criar a sua própria necessidade de existência em função da contínua diminuição da qualidade da decisão; (iv) o facto de estas intervenções poderem impor custos excessivos às atividades em que se enquadraram os objetos da restrição; (v) por fim, o custo associado à possibilidade de erro por parte do decisor público, o qual configura um custo duplo, na medida em que, juntamente com a possibilidade de erro, deve ser contabilizado o custo da rigidez das decisões públicas (quer por força do efeito de dotação associado ao *status quo bias*, quer por força de *framing effects*, quer por força da influência de grupos de pressão interessados na manutenção das soluções que conseguiram fazer aprovar, ou que, mesmo não tendo sido fruto do seu esforço, acabaram por os beneficiar)²¹.

Os custos gerais e específicos desencadeados por intervenções do tipo paternalista chamam a atenção para as questões da sua eficiência (em termos de concretização do objetivo pretendido) e da sua eficácia (em termos de concretização, com o menor custo possível, do objetivo pretendido), tendo levado vários dos seus subscritores a equacionar modalidades menos diretas de condução desse tipo de intervenção – dentro do quadro da *soft intervention*²², mantendo a justificação que lhe dá o nome (a

²¹ JEFFREY RACHLINSKI, 2003, *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, Northwestern University Law Review, vol. 97, n.º 3, pp. 1165-1166; COLIN CAMERER, COLIN / SAMUEL ISSACHAROFF / GEORGE LOEWENSTEIN / TED O'DONOGHUE / MATTHEW RABIN, 2003, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 151, pp. 1211-1254; AVISHALOM TOR, 2008, *The Methodology of the Behavioral Analysis of Law*, disponível em formato electrónico em: <http://ssrn.com/abstract=1266169>.

²² Dentro desta forma menos intensa de intervenção paternalista podem distinguir-se

ideia de que os sujeitos, por várias razões e circunstâncias, não fazem as escolhas mais adequadas à prossecução do seu bem-estar), mas encontrando fórmulas tidas como menos constrangedoras da autonomia individual e que, ainda, assim permitam alcançar o objetivo que as fundamenta. RICHARD THALER E CASS SUNSTEIN são dois dos mais conhecidos defensores de uma destas modalidades de intervenção paternalista, que denominaram de “paternalismo libertário”, através da qual pretendem preservar a liberdade de escolha do decisor individual, mas conduzindo-o para escolhas que promovam o seu bem-estar – designadamente através de *nudges*²³. Para os autores, o fervor dos defensores do antipaternalismo decorre da combinação de um pressuposto falso com duas conceções erróneas: o pressuposto é o de que os sujeitos, tendencialmente, fazem escolhas que correspondem ao seu melhor interesse; a primeira das conceções que reputam de erróneas é a de que há alternativas viáveis ao paternalismo, na medida em que, segundo entendem, em muitas situações terá sempre que haver uma entidade ou um agente que faça escolhas em nome dos restantes afetando, assim, a liberdade de pelo menos alguns deles; a segunda é a de que o paternalismo envolve coação ou constrangimento do comportamento dos indivíduos, o que, na sua opinião, não corresponde à verdade na medida em que é possível conceber intervenções paternalistas que conduzam o decisor sem o constranger. Estando demonstrado por evidência empírica que os sujeitos agem, muitas vezes, de forma *irracional*, quer no que toca a decisões com impactos

dois tipos: o “*soft paternalism*”, um modelo de substituição da escolha individual pela escolha institucional que implica que seja o decisor público a escolher o ponto de referência para a escolha do indivíduo - a designada *default option*, a escolha por defeito que é automaticamente feita pelo indivíduo e que só será diferente se este expressamente decidir em contrário - e o *soft libertarianism*, em que o interventor público (já despedido das vestes de decisor) fornece ao indivíduo os instrumentos que lhe permitem conhecer as motivações das suas escolhas e agir ele próprio sobre elas. P. DALTON/S. GHOSAL, 2010, pp. 18-27.

²³ Cfr. RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, 2003, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, The University of Chicago Law Review, vol. 70, n.º 4, pp. 1159-1202.

presentes, quer no que respeita a decisões com impactos futuros, algumas formas de paternalismo, desde que sem imposição, são, segundo os autores, não só aceitáveis como frequentemente inevitáveis, sendo disso exemplificativo o caso dos descontos obrigatórios para a reforma, que se justificam por referência ao bem-estar futuro dos indivíduos, mas que estes têm dificuldades em implementar no presente por razões que se prendem com sua incapacidade de autocontrolo. Nesses casos, uma intervenção do tipo paternalista libertária que torne automática a adesão a esse tipo de planos de poupança, permitindo a subsequente saída do plano aos sujeitos que manifestem expressamente essa vontade, é uma forma não impositiva de direcionar os sujeitos para escolhas que promovem o seu bem-estar. Para estes autores, as soluções do tipo paternalista libertário devem, portanto, ser escolhidas com o objetivo explícito de aumentar o bem-estar dos sujeitos aos quais se destinam, mas insistindo-se sempre na possibilidade que lhes é conferida de livremente escolherem sair da solução para a qual são conduzidos. Assim, por exemplo, nos casos em que o decisor público tem que escolher um ponto de partida para o decisor individual, isto é, uma regra “por defeito”, é preciso garantir que a intervenção não vai além do inevitável, isto é, que não impõe uma escolha, indiretamente, através da excessiva oneração das escolhas alternativas.

Quais devem, então, ser as linhas de referência da intervenção paternalista libertária nestes casos? Os autores propõem que o decisor público faça uma análise em vários passos: em primeiro lugar, deverá fazer uma análise custo-benefício das opções disponíveis, direcionando o decisor individual para aquela que for geradora de maior bem-estar. Caso não lhe seja possível fazer essa avaliação, o decisor pode (a) escolher o que a maioria escolheria se as suas preferências fossem reveladas, sendo o potencial problema desta opção, na opinião de SUNSTEIN e THALER, o de que a escolha da maioria não é necessariamente bem informada, não garantindo necessariamente o maior nível de

bem-estar possível)²⁴; (b) adotar um modelo que force as pessoas a tornar as suas escolhas explícitas (mas mesmo aqui as escolhas podem estar inquinadas nos termos descritos na alínea anterior, isto é, podem estar mal informadas e podem não promover o bem-estar); (c) adotar o modelo que minimize o número de saídas após adesão automática, deixando assim o exame das preferências para depois de a opção por defeito ser efetuada²⁵. O modelo oferecido pelos autores torna evidente o problema subjacente à substituição da vontade do agente na construção de soluções normativas, que é, no fundo, o problema da representação de interesses alheios: quem sabe qual o verdadeiro e real interesse de cada um senão o próprio? Qualquer forma de representação supõe sempre alguma medida de presunção dos interesses do representado, a qual é inevitavelmente influenciada pelos critérios de quem representa (mesmo quando é conhecida a vontade dos representados). Os autores ultrapassam a questão sublinhando a inevitabilidade da intervenção paternalista e portanto, implicitamente, defendendo a sua necessidade mesmo contra alegações dos custos nela implicados²⁶.

²⁴ O que, segundo se entende, pode ser uma forma de degeneração em paternalismo “puro e duro”, na medida em que se aceita que mesmo a escolha maioritária pode não ser a que melhor realiza o interesse dos sujeitos e, nessa medida, é legítimo ao decisor optar por uma alternativa que considere mais adequada, ainda que contraria a vontade da maioria. Talvez por perceberem esse risco, os autores admitem que “pelo menos como presunção, no entanto, faz sentido seguir estas escolhas, se o decisor souber quais elas são.” (cfr. R. THALER/C. SUNSTEIN, 2003, p. 178).

²⁵ O exemplo que fornecem desta análise *ex post* as preferências individuais e o da doação de órgãos em caso de morte: supondo-se que, quando se presume que as pessoas querem doar os seus órgãos, só 10% decidem em sentido contrario, mas que, quando se requer que sejam os sujeitos a sinalizar a sua vontade de doar, 30% opta por o fazer, o decisor publico tem razoes para considerar que a presunção a favor da doação é melhor. Cfr., RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, 2003, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, The University of Chicago Law Review, vol. 70, n.º 4, p.1195.

²⁶ O busfils da argumentação de THALER e SUNSTEIN reside, na sua opinião, na ideia de que o termo “paternalista” não deve ser entendido pejorativamente, mas apenas descritivamente. Assim, desde que se reconheça que algum tipo de decisão organizativa é necessário e, portanto, que um tipo de paternalismo não pode ser evitado, as alternativas ao paternalismo passam a ser desinteressantes e a discussão em torno da

Em geral, os defensores do paternalismo libertário defendem-se de acusações de ingerência respondendo que todas as situações sociais impõem algum grau de constrangimento ao indivíduo e que todos os fatores situacionais são formas, ainda que não percebidas como tal, de limitação ao comportamento individual. Reconhecendo, portanto, que é a própria vida em sociedade que determina que tenha que existir algum nível de constrangimento à liberdade individual, a discussão admitida pelo paternalismo libertário passa a ser em torno das formas e dos graus concretos de ingerência que podem ser admitidas e tolerados. A liberdade será, assim, sobretudo uma função da capacidade de cada um de fazer escolhas informadas e conscientes das respetivas influências individuais e sociais.

Porque é que estas fórmulas podem apresentar vantagens relativamente a mecanismos mais rígidos de regulação comportamental, sobretudo tendo em conta o impacto da complexidade no comportamento humano, já acima referido? Essencialmente, porque pressupõem comportamentos típicos dos seres humanos que não estão de acordo com a teoria da escolha racional, mas que vão ao encontro de evidência empírica padronizada, oferecendo respostas que os têm em conta: (i) a fórmula utilizada pela política pública tem que tornar fácil a resposta pretendida, isto é, tem que facilitar a vida ao seu sujeito, de cuja colaboração necessita para ter sucesso; (ii) a fórmula tem que ser saliente, só assim merecendo um lugar de destaque no ambiente de decisão do sujeito; (iii) a fórmula deve, sempre que possível, procurar tirar partido da importância da influência social; e (iv) deve atuar no momento adequado, evitando a criação de um padrão de comportamento negativo²⁷.

qualificação de determinada intervenção como paternalista ou não pode ser abandonada, passando-se a questão mais construtiva de escolher entre as varias opções possíveis (todas elas, em alguma medida, influenciadoras da escolha). RICHARD THALER/CASS SUNSTEIN, 2003, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, The University of Chicago Law Review, vol. 70, n.º 4, pp. 1161-1166.

²⁷ DAVID HALPERN, 2015, *Inside the Nudge Unit: how small changes can make a big*

A identificação das virtualidades dos *nudges* enquanto instrumentos de realização de políticas públicas com um significativo potencial de sucesso alcançado pela adequação comportamento visado → comportamento real do sujeito não dispensa, antes obriga, a que se assinalem os seus limites.

Por um lado, o sucesso destas fórmulas repousa sobre a necessidade de transparência de que se revestem. Efetivamente, a identificação de limites à capacidade de decisão e escolha dos sujeitos pode levar a que o decisor público entenda que deve fazer as escolhas sozinho e de acordo com os seus próprios critérios, ou seja, que pode desbravar a complexidade da forma que entender mais adequada e oferecendo ao cidadão apenas a simples escolha final. Como lidar com este potencial problema? Sobretudo através de mecanismos de escolha participada ou coletiva - comités científicos, divulgação pública, monitorização externa, *etc.*

Por outro lado, a utilização destas fórmulas subtis para alcançar comportamentos desejados terá sempre que respeitar os limites da dignidade humana, neste caso, sobretudo na vertente da liberdade. A ideia de que as pessoas devem ser protegidas de si próprias e das más escolhas que fazem é um risco contido em alguns dos fundamentos que podem estar por detrás da adoção de *nudges* e que podem levar à criação de uma espécie de *nanny state*, um Estado vigilante que não deixa o indivíduo cair em tentação. A perceção desse risco deve, pois, levar à adoção de medidas que preservem a liberdade individual e a diversidade de gostos e preferências, deixando ao decisor a última palavra sobre a escolha que faz. E isto porque os erros podem provir do decisor público, que tem preconceitos e motivações próprios, e não apenas dos sujeitos, mas também porque o erro é parte essencial do processo de aprendizagem.

7. CONCLUSÕES

A presente análise resulta de uma determinada ideia de fundo acerca da função (social) do Direito – uma concepção pragmática, que pressupõe que o Direito é um instrumento de realização de políticas públicas, às quais subjazem determinados objetivos, e que é na medida em que o Direito alcança com sucesso esses objetivos que realiza o seu papel e que pode contribuir para o aumento do bem-estar dos sujeitos a que se destina.

Tendo presente essa concepção, a área de estudo da economia comportamental aparece como fundamental para a recolha de *inputs* acerca do real comportamento humano, na medida em que, nos últimos cinquenta anos, tem procedido à agregação de evidência empírica transversal acerca daquele que permite já detetar alguns padrões comportamentais relevantes para a sua compreensão.

A integração dessa evidência empírica – sobretudo quando a mesma permita detetar padrões comportamentais relativamente estáveis – na construção regulatória e jurídica é relevante para a operacionalização da ordem jurídico-normativa, posto que seja seu objetivo assumido constituir-se como parte fundamental das razões para agir dos seus destinatários, orientando as respetivas condutas.

Um das evidências recolhidas pela economia comportamental diz respeito à interferência da complexidade no processo de decisão e escolha do ser humano. Esta constatação deve ser integrada no próprio processo de escolha das fórmulas regulatórias mais adequadas. Por um lado, estas devem evitar ser, em si mesmas, elementos indutores de complexidade no processo de decisão acrescentando ruído em ambientes em que ele já existe naturalmente; por outro lado, devem, dentro dos limites do respeito pela liberdade de escolha do indivíduo, ser elementos indutores de simplicidade no processo de decisão, eliminando custos de fricção e guiando o indivíduo para a escolha que o legislador entende mais adequada a garantir o seu bem-estar, e assim

permitindo a libertação de recursos cognitivos para tarefas mais produtivas e, sobretudo, mais propensas à realização plena do indivíduo.