

é possível conceber também o *homo reciprocans*, que valoriza comportamentos cooperativos e reage a incentivos de natureza não pecuniária¹²².

Essas considerações são suficientes para demonstrar a utilidade do conceito de incentivos para o direito processual. O processo, entendido como um conjunto de atos ordenados no tempo para o realizar-se em concreto da jurisdição (tutela dos direitos), mediante exercício da situação compósita de todos os sujeitos em contraditório, pode assumir diversas formatações. O legislador deverá estruturar essa sequência de modo a que os sujeitos se comportem em função da finalidade¹²³, estruturando adequadamente os incentivos para seus comportamentos. A grande dificuldade está em se determinar o modo adequado de articulação dessa sequência. A resposta para tanto não é única, pois depende de inúmeras variáveis, mas tem como ponto de partida a compreensão do processo como uma instituição no seu sentido econômico.

122. Para uma análise bastante aprofundada do papel das motivações sociais, ver GÄCHER, Simon. Human prosocial motivation and the maintenance of social order. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 28-60.

123. COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 115.

SEGUNDA PREMISA: A RACIONALIDADE LIMITADA DOS AGENTES PROCESSUAIS

“A ação humana é necessariamente sempre racional. O termo ‘ação racional’ é, assim, pleonástico e deve ser rejeitado. Quando aplicados aos fins últimos da ação, os termos racional e irracional são inapropriados e sem sentido. O fim último da ação é sempre a satisfação de algum desejo do agente.”¹

(Ludwig von Mises, 1949)

“Comportamentos quase-rationais existem e isso importa. Em algumas bem delimitadas situações as pessoas tomam decisões que são sistemática e substancialmente diferentes daquelas previstas pelo modelo econômico padrão.”²

(Richard Thaler, 1991)

“O legislador deve conhecer, mais do que a técnica jurídica, a psicologia e a economia do seu povo.”³

(Piero Calamandrei, 1950)

Uma vez assentado o fato de que o fenômeno processual civil pode ser concebido como um sistema de incentivos que moldam o comportamento humano, cumpre estabelecer algumas premissas para que se possa bem compreender como essas interações humanas se desenvolvem no âmbito do processo.

Relativamente ao denominado *aspecto objetivo* do fenômeno processual, na perspectiva econômica, o *objeto* de estudo do processualista é um grande conjunto de incentivos postos pelo direito para o desempenho dos comportamentos dos sujeitos processuais, sistema esse organizado na forma de um procedimento qualificado pela participação que tem como finalidade promover a tutela dos direitos. De outro lado, relativamente ao denominado *aspecto intersubjetivo ou interacional*, o

1. MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 19 (tradução livre).

2. THALER, Richard. *Quasi rational economics* (1991). Reimp. New York: Russel Sage Foundation, 1994, p. XXI.

3. CALAMANDREI, Piero. (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 24 (tradução livre).

fenômeno processual é conformado pelo desenvolvimento sequencial de comportamentos governados pelos incentivos postos, comportamentos esses que atendem, ao menos no que diz respeito aos sujeitos parciais, a uma matriz estratégica de ação.

Em sendo assim, é necessário compreender quais são as bases do comportamento humano, em geral, para depois, uma vez esclarecidos os axiomas do comportamento, aplicá-los ao ambiente do processo. As inúmeras normas processuais preveem situações jurídicas em abstrato aos litigantes. Logo, o processualista deve estar atento, em seu estudo, a como os agentes reagem a essas normas que preveem situações jurídicas, de modo a compreender a sua ação. O dinamismo do fenômeno processual outorga ao processo inúmeros espaços ou possibilidades de ação para os sujeitos parciais. Esses inúmeros *espaços de escolha* nada mais são do que possibilidades de ação constantes da ordem normativa institucional (viés jurídico) ou oportunidades de tomada de decisão no arranjo institucional (viés econômico). No ambiente interacional que é o processo judicial, os sujeitos se comportam como em qualquer outro ambiente social.

2.1. A ação humana dentro e fora do processo

Os inúmeros atores da justiça civil, seja atuando como sujeito processual em posição parcial ou imparcial, seja na posição de legislador ou de julgador, seja no papel doutrinário ou operativo, devem conhecer as matrizes do comportamento humano para um maior aproveitamento do fenômeno processual. De um lado, um projeto sério para a justiça civil impõe a análise do comportamento dos possíveis usuários da justiça, de modo a que se possam compreender suas ações, para que se delimitem propostas adequadas de reforma. De outro lado, o operador do direito processual, em especial o advogado, para exercer adequadamente seu papel de arquiteto de estratégias, deve conseguir adequadamente antever e estimar os comportamentos, mesmo que em ambiente de absoluta incerteza e incompletude informacional.

Não se trata aqui de uma postura egológica do direito⁴, na medida em que o direito aqui não é visto como mera “conduta y el objeto del conocimiento dogmático en la conducta en interferencia intersubjetiva”⁵. Ressalta-se, em verdade, a importância do agir dos sujeitos em interdependência como elemento de conhecimento dos juristas: a ação humana como premissa para a compreensão do agir processual. Ainda que seja possível encontrar uma distante linha de contato entre a teoria

4. Conforme COSSIO, Carlos (1903-1987). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

5. COSSIO, Carlos (1903-1987). *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 26.

egológica e uma das premissas da leitura que se propõe ao fenômeno processual⁶, essa não é a matriz teórica utilizada no trabalho, que se vale da metodologia ligada à ciência econômica e do aporte da psicologia – e não à filosofia do direito – para explicar a ação humana no processo.

Para que se possa compreender como a mecânica dos incentivos posta pelas normas influencia o comportamento efetivo dos sujeitos processuais, passa a ser necessário atentar para os fundamentos da própria ação humana. Isso significa adotar uma premissa específica: a de que as partes agem no processo de acordo com certos padrões de comportamento identificados por outros ramos do conhecimento humano para qualquer forma de ação humana⁷. O agir desenvolvido pelos sujeitos processuais não é distinto da mecânica de ação humana desenvolvida fora do processo. O “microcosmos” estabelecido pelas normas processuais não transforma os sujeitos ali envolvidos em seres distintos daqueles que agem fora dele. O agente *jurídico-processual* não é, na sua mecânica de ação, distinto do agente *real*. Daí por que a contribuição de outras áreas do conhecimento ao estudo do comportamento dos agentes, em especial o desenvolvimento da microeconomia com a contribuição da economia comportamental, pode ter grande utilidade para o estudo do direito processual.

Tradicionalmente, define-se a economia, nas palavras de Robbins, como a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins e

6. Pela via da fenomenologia de Husserl, que influenciou Cossio ao mesmo tempo em que Schütz (SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 52 e ss.). Esse, por sua vez, transitava na Escola Austríaca, tendo sido aluno de Mises. A praxeologia de Mises (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996) está inserida, assim, nesse mesmo caldo teórico.

7. Como observa Mises, a ação humana tem basicamente três âmbitos: o das leis físicas, o das restrições psicológicas e ambientais e a praxeologia. No terceiro âmbito é que a economia está fundada (modernamente, utilizando o ferramental do segundo âmbito). A ação humana, no processo, não deixa de ser ação apenas porque estruturada em um contexto jurídico. Daí a importância do seu estudo: “Man’s freedom to choose and to act is restricted in a threefold way. There are first the physical laws to whose unfeeling absoluteness man must adjust his conduct if he wants to live. There are second the individual’s innate constitutional characteristics and dispositions and the operation of environmental factors; we know that they influence both the choice of the ends and that of the means, although our cognizance of the mode of their operation is rather vague. There is finally the regularity of phenomena with regard to the interconnectedness of means and ends, viz., the praxeological law as distinct from the physical and from the physiological law” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 885).

os meios escassos que têm usos alternativos⁸. Trata-se de um ramo das ciências sociais que busca estudar a conduta humana nas suas interações coletivas⁹. Diante do problema da escassez, os indivíduos são levados a fazer escolhas, com base em incentivos¹⁰. Nessas escolhas, o ser humano tenta extrair o que, a seus olhos¹¹, pareça a melhor opção¹². As preferências, assim, são previamente dadas ou, no

8. "Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses" (ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, p. 15).

9. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 15. Do mesmo autor: "A economia faz seu tema central o estudo das decisões individuais e colectivas tomadas em ambiente de escassez colocando especial ênfase no grau de liberdade do agente – na medida em que sem um grau mínimo de liberdade não há genuínas escolhas – e na interdependência que se gera entre essas decisões – no duplo sentido de ligação intertemporal e congruência das escolhas de uma só pessoa, e de interacção dinâmicas das decisões no seio de um grupo" (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21).

10. "Incentives matter—choice is influenced in a predictable way by changes in incentives. This is probably the most important guidepost in economic thinking. It is sometimes called the basic postulate of all economics. On the one hand, as the personal benefits from an option increase, a person will be more likely to choose it. On the other hand, as the personal costs associated with an option increase, a person will be less likely to choose it" (GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 10).

11. Essa premissa é levada às últimas consequências pela escola austríaca: "The teachings of praxeology and economics are valid for every human action without regard to its underlying motives, causes, and goals. The ultimate judgments of value and the ultimate ends of human action are given for any kind of scientific inquiry; they are not open to any further analysis. Praxeology deals with the ways and means chosen for the attainment of such ultimate ends. Its object is means, not ends. In this sense we speak of the subjectivism of the general science of human action. It takes the ultimate ends chosen by acting man as data, it is entirely neutral with regard to them, and it refrains from passing any value judgments. The only standard which it applies is whether or not the means chosen are fit for the attainment of the ends aimed at" (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 21).

12. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31. Isso significa que "The idea that people behave rationally to get the greatest benefit at the least possible cost is a powerful tool. It can help us understand their choices. However, we need to realize that a rational choice is not the same thing as a "right" choice". (GWARTNEY, James; STROUP, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13ª Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 10).

jargão econômico, fatores exógenos¹³. Isso significa dizer que a preferência é um dado pressuposto.

Para a satisfação dessas necessidades ditadas pela escolha do agente se assume um modelo de escolha racional. Indivíduos racionais fazem o máximo que podem, sistemática e propositadamente, para atingir os seus objetivos diante das oportunidades disponíveis¹⁴. Nesse modelo, a premissa principal é a de que os indivíduos exercem suas escolhas com base nas suas preferências e nas limitações que são impostas pelo ambiente em que inseridos. A sua escolha é orientada por uma lógica de custo-benefício: o resultado é aquele que maximiza ou “otimiza” seu bem-estar¹⁵. Essa é a chamada premissa do autointeresse¹⁶.

As preferências individuais são racionais na medida em que, ao avaliarem as alternativas, atendem aos axiomas da completude e transitividade¹⁷. O axioma da completude impõe que, em havendo duas alternativas (*ai* e *aii*), estas serão necessariamente comparáveis (e o resultado será ou a preferência por um, ou a preferência por outro, ou a indiferença). O axioma da transitividade impõe que se

13. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia* (1988). 5ª Ed. Trad. Francisco Costa. Bookman, 2010, p. 43.

14. “Economists normally assume that people are rational. Rational people systematically and purposefully do the best they can to achieve their objectives, given the available opportunities” (MANKIW, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7ª Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6). Interessante observar que, na economia clássica, a racionalidade era compreendida como a própria premissa da maximização. A escola neoclássica é que, a partir da teoria da escolha racional, desdobra da premissa da racionalidade a consequência do agir maximizador. De qualquer forma, o *mainstream* da economia no século XX assume a racionalidade ilimitada do agente como uma premissa para a análise econômica.

15. O princípio da otimização prevê que a conduta escolhida será aquela que “de entre todas as possíveis, apresenta a máxima diferença entre benefícios e custos – sendo custos de oportunidade todos os benefícios que deixamos de receber por sacrificarmos as opções que tinham que ser preteridas em favor da conduta que escolhemos” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30).

16. “Self-interest should not be confused with selfishness; the happiness (or for that matter the misery) of other people may be a part of one’s satisfactions” (POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* (1972). 3ª Ed. Boston: Little Brown, 1986, p. 4). Na tradição da escola austríaca, essa premissa é posta como um necessário *trade-off* de estados: “Acting man is eager to substitute a more satisfactory state of affairs for a less satisfactory. His mind imagines conditions which suit him better, and his action aims at bringing about this desired state. The incentive that impels a man to act is always some uneasiness. A man perfectly content with the state of his affairs would have no incentive to change things (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 13).

17. NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, p. 89.

a_i é preferível a a_{ii} , e a_{ii} é preferível a a_{iii} , então a_i é preferível a a_{iii} . Além desses dois axiomas, a teoria da escolha racional pressupõe um set de informações perfeitas.

Mesmo se partindo das premissas tradicionais e admitindo as suas limitações, a racionalidade é um bom ponto de partida para que se possa antever a tomada de decisão dos agentes. Ela permite uma previsibilidade relativa, “no sentido de que, dadas certas circunstâncias, a resposta adaptativa tenderá a uma certa invariabilidade, uma certa congruência intertemporal”¹⁸. Por certo, a racionalidade presumida pela economia não remove as limitações inerentes ao agir humano, mas permite antever ações consistentes¹⁹. Presume-se que os indivíduos, mesmo sem necessariamente agir em conformidade real ao modelo de escolha racional, agem como se o fizessem²⁰.

Esse modelo de escolha racional assume um *individualismo metodológico*²¹. Em primeiro lugar, é na análise da ação individual que é possível compreender a racionalidade das escolhas²². Em segundo lugar, esse “individualismo metodológico”²³

18. ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 47.

19. ROBBINS, Lionel (1898-1984). An essay on the nature and significance of economic science. London: MacMillan Co., 1932, p. 140.

20. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31. É a chamada premissa do “as if”: para a economia, os indivíduos agem “como se” fossem racionais (ainda que não o sejam). Sobre o tema, ver FRIEDMAN, Milton (1912-2006). The methodology of positive economics. In: Essays in Positive Economics. Chicago: Chicago University Press, 1953, pp. 3-43.

21. Em termos de metodologia, o individualismo metodológico é tradicionalmente definido como o método da tendência neoclássica austríaca. A economia neoclássica de Chicago, entretanto, por seu viés empiricista (e não deducionista como a escola austríaca), pode ser vista como aderente ao individualismo metodológico, desde que temperado pela sua proposta empiricista – e não axiomática – de análise dos comportamentos individuais. Em última análise, o fio condutor de toda a escola neoclássica é a premissa de que a análise dos comportamentos sociais deve se dar mediante atenção ao indivíduo e não a entes abstratos oriundos de coletivização.

22. “First we must realize that all actions are performed by individuals. A collective operates always through the intermediary of one or several individuals whose actions are related to the collective as the secondary source” (MISES, Ludwig von (1881-1973). Human Action: a treatise on economics (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 42).

23. “Methodological individualism, far from contesting the significance of such collective wholes, considers it as one of its main tasks to describe and to analyze their becoming and their disappearing, their changing structures, and their operation. And it chooses the only method fitted to solve this problem satisfactorily. First we must realize that all actions are performed by individuals. A collective operates always through the intermediary of one or several individuals whose actions are related to the collective as the secondary source” (MISES, Ludwig von (1881-1973). Human Action: a treatise on economics (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 42).

pressupõe uma anonimidade e ausência de especificação dos comportamentos: "statements about anyone's action, about action or behavior considered as occurring in complete anonymity and without any specification of time or place"²⁴. Em terceiro lugar, assume que o 'estado', o 'governo', o 'povo' ou o 'sindicato' não pensam e não decidem por si, mas mediante decisões tomadas por indivíduos que agem em seu nome. Dessa forma, mesmo entes "coletivos" respeitam os critérios de decisão aplicáveis em geral aos indivíduos²⁵. A assunção do axioma da racionalidade não implica que os agentes necessariamente tomem decisões adequadas (racionais no sentido de positivas)²⁶, mas tão somente que, dado o conjunto de circunstâncias, a alternativa esperada de ação é aquela que se baseia nessas premissas, tendo em vista a satisfação de um determinado fim²⁷. Nesse sentido é que se explica a afirmação em epígrafe nesse capítulo, de Ludwig von Mises, para quem a ação humana é sempre racional (e, portanto, a expressão "ação racional" seria um pleonasma). O seu sentido está em assumir a premissa de que, independentemente dos fins escolhidos pelo agente (bons ou maus, adequados ou inadequados), em se tratando de um ser humano, a decisão seria sempre a busca da satisfação de suas próprias preferências e, em função disso, uma decisão racional²⁸.

-
24. SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 244. Em outro trecho: "To be sure, no economic act is conceivable without some reference to an economic actor, but the latter is absolutely anonymous; it is not you, nor I, nor an entrepreneur, nor even an "economic man" as such, but a pure universal "one." This is the reason why the propositions of theoretical economics have just that "universal validity" which gives them the ideality of the "and so forth" and the "I can do it again" (SCHÜTZ, Alfred (1889-1959). *The Phenomenology of the Social World* (1932). Trad. George Walsch. Evanston: Northwestern University Press, 1967, em especial p. 137).
 25. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.
 26. Como observa Fernando Araújo, "A minuciosa retrospectiva com que muito frequentemente a análise econômica se dedica à avaliação de meios, de fins, de ótimos e de máximos individuais e sociais, e à reconstituição iterativa de racionalidade das decisões e das actividades não significa imputação de consciência, de racionalidade e de ponderação perfeitas aos agentes (sendo que hoje a análise econômica lida pacificamente com o pressuposto da racionalidade limitada), mas apenas abstracção e subsunção de um fenómeno observado a categorias inteligíveis e universalmente válidas que transformem o conhecimento dos dados particulares em ciência" (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30).
 27. ROBBINS, Lionel (1898-1984). *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan Co., 1932, pp. 140-141.
 28. No original, "Human action is necessarily always rational. The term "rational action" is therefore pleonastic and must be rejected as such. When applied to the ultimate ends of action, the terms rational and irrational are inappropriate and meaningless. The ultimate

Agentes racionais pensam na margem²⁹, ou seja, a decisão não é tomada a partir de um dado contexto de benefícios e custos, mas a partir de um dado contexto de benefícios e custos marginal é maior do que o custo marginal³⁰. Um agente racional age apenas quando o benefício marginal é maior do que o custo marginal³¹. Por meio da observação e da comparação entre benefício e custo marginal o objetivo pragmático da economia se concretiza, é possível, assim, “chegar à previsão da evolução das escolhas e das condutas em resposta à modificação dos incentivos”³². Assim, a racionalidade assumida na análise econômica é uma forma de simplificação das inúmeras vicissitudes do comportamento humano. A economia busca fornecer uma imagem da ação humana “na formulação dos seus interesses e no esforço da sua satisfação em liberdade e em partilha colectiva”³³. Por essa razão é que a economia passa a ser útil para a compreensão do direito, na medida em que procura sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta aos incentivos estruturados pelo direito, com base nos critérios de racionalidade³⁴.

end of action is always the satisfaction of some desires of the acting man. Since nobody is in a position to substitute his own value judgments for those of the acting individual, it is vain to pass judgment on other people's aims and volitions. No man is qualified to declare what would make another man happier or less discontented. The critic either tells us what he believes he would aim at if he were in the place of his fellow; or, in dictatorial arrogance, blithely disposing of his fellow's will and aspirations, declares what condition of this other man would better suit himself, the critic” (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4^a Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 13).

29. “When making a choice between two alternatives, individuals generally focus on the difference in the costs and benefits between alternatives. Economists describe this process as marginal decision making, or “thinking at the margin.” (...) Marginal choices always involve the effects of net additions to or subtractions from current conditions. In fact, the word additional is often used as a substitute for marginal” (GWARTNEY, James; STROBECH, Richar; SOBEL, Russell; MACPHERSON, David A. *Microeconomics: Private and Public Choice* (1976). 13^a Ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 11).
30. “A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo – o tudo ou nada –, mas antes as de fazer mais ou menos de algo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3^a Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).
31. MANKIW, Gregory. *Principles of Microeconomics* (1991). 7^a Ed. Stamford: Cengage Learning, 2013, p. 6.
32. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3^a Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44.
33. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3^a Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.
34. “É por isso, por exemplo, que quando a Economia analisa o Direito, ela tenta fazer ressaltar a estrutura de incentivos que o Direito põe em marcha, procurando sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta a esses incentivos – evidenciando os critérios de racionalidade do acatamento e da violação das normas. Se for possível interferir com a dimensão absoluta ou relativa desses custos e benefícios, alterando-se então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ele

Nessa tarefa de reconstrução dos modelos de comportamento, a economia pode enfatizar a racionalidade abstrata das escolhas ditadas pela escassez ou os arranjos institucionais que acabam por limitar ou direcionar essas escolhas³⁵. A consideração dessa segunda opção, que na economia contemporânea tem nos custos de transação o seu grande ponto de partida, situa a escolha dentro de um contexto de ordenação exterior que tenta alinhar os incentivos em situações de intersubjetividade e potencial conflito³⁶. Nessa medida, acaba-se temperando a abstração e perfeição dos modelos de preferência racional, agregando-se o componente comportamental interacional. No institucionalismo da nova economia institucional, parte-se da premissa de uma deliberação racional na configuração das escolhas, mas se tempera essa determinação voluntária do *homo economicus* com os constrangimentos sedimentados pelas opções de ação dentro dos arranjos institucionais³⁷ e pelas limitações da racionalidade. Como bem observa Coase, “modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions”³⁸.

2.2. Ajustes de rota para a compreensão do comportamento humano: racionalidade limitada dos agentes

Esse temperamento dos axiomas da racionalidade ilimitada tem recebido mais ênfase na ciência econômica desde a segunda metade do século passado. O modelo

sua conduta. É, pois, possível condicionar a conduta do agente econômico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir – interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).

35. ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

36. “O paradigma institucionalista situa a escolha racional dentro de um contexto de ordenação (organizacional, normativo, institucional ou privado) que procura alinhar os incentivos diante do conflito e intersubjetividade. Assim, assume as relações de interdependência em um contexto limitador da sua atividade” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23).

37. ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 27.

38. “I have said that to a large extent modern institutional economists use standard economic theory. Nor do I think that it is wrong for them to do so. But there is one respect in which I hold a heretical view. Most economists make the assumption that man is a rational utility maximiser. This seems to me both unnecessary and misleading. I have said that in modern institutional economics we should start with real institutions. Let us also start with man as he is. (...) Modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions. Modern institutional economics is economics as it ought to be” (COASE, Ronald (1910-2013). The New Institutional Economics. In: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 140, nº 1, 1984, p. 231).

proposto de uma escolha racional pura, baseada nos axiomas da completude e da transitividade, que assume a maximização das preferências, passou a receber críticas por desconsiderar dois aspectos essenciais: o de que o contexto das escolhas influencia e limita a racionalidade do agente e o de que as informações disponíveis para a tomada de decisão nunca são completas³⁹.

O questionamento do axioma da racionalidade ilimitada do agente econômico encontra no trabalho do ganhador do Nobel, Herbert Simon, o passo decisivo para seu desenvolvimento. Foi ele quem estruturou o primeiro desenvolvimento do que ficou conhecida como a premissa da *bounded rationality* ou racionalidade limitada. Na sua visão, o modelo de racionalidade ilimitada poderia ser, no máximo, uma aproximação crua e simplificada⁴⁰. O modelo utilizado como axioma pelos economistas não seria realista, na medida em que descreve decisões humanas sem considerar os problemas da ausência de informações necessárias para a tomada de decisão e da dificuldade de que o indivíduo considere adequadamente todas as informações disponíveis, dada a escassez do seu esforço cognitivo e de seu tempo⁴¹. Ao considerar como premissa a utilização de toda a informação na tomada de decisão, desconsiderando esses dois problemas, o modelo acaba por se tornar irrealista, daí por que Simon propõe a utilização de um modelo de aproximação que substitua a exatidão da tomada de decisão, levando-se em conta que os indivíduos limitam sua atenção a um número restrito de aspectos na tomada de decisão⁴².

Algumas premissas são contestadas por Simon. Em primeiro lugar, a de que os indivíduos têm a capacidade de definir – ordenadamente – as recompensas de cada possível resultado de suas escolhas⁴³. Quanto a isso, Simon explica que não há

39. ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 23.

40. "Actual human rationality striving can at best be an extremely crude and simplified approximation to the kind of global rationality that is implied, for example, by game theoretical models" (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 101).

41. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

42. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 34.

43. "The organism must be able to attach definite pay-offs (or at least a definite range of pay-offs) to each possible outcome. This, of course, involves also the ability to specify the exact nature of the outcomes – there is no room in the scheme for 'unanticipated consequences'. The pay-offs must be completely ordered – it must always be possible to specify, in a consistent way, that one outcome is better than, as good as, or worse than any other. And, if the certainty or probabilistic rules are employed, either the outcomes of particular alternatives must be known with certainty, or at least it must be possible to attach definite probabilities to outcomes" (SIMON, Herbert (1916-2001).

qualquer evidência de que as condutas humanas se conformem desse modo⁴⁴. Além disso, ele questiona a dificuldade de se tomarem decisões racionais quando não há conhecimento de fatos futuros (sobre a futura ocorrência ou não de fatos)⁴⁵, bem como pressupõe que o conhecimento de toda informação tem custos e, portanto, pode não ser razoável que se busque toda a informação disponível⁴⁶. Como forma de contornar esse problema, ele busca apresentar algumas modificações necessárias ao modelo, que parecem corresponder aos processos comportamentais humanos na tomada de decisões⁴⁷. Dadas essas dificuldades, o agente pode criar um limite até o qual ele busca a informação e, uma vez alcançado esse limite, o resultado já seria razoável (mas potencialmente subótimo dada a ausência da completa informação)⁴⁸. Esse é o conceito, posteriormente cunhado, de *satisficing*, entendido como a busca por um curso de ação “bom o suficiente”⁴⁹, substituindo a noção de maximização ou otimização. O segundo problema enfrentado por Simon é o do axioma da completude, que assume a premissa de que todos os possíveis cursos de ação são comparáveis⁵⁰. Ele aponta problemas que impedem a assunção dessa premissa na predição de comportamentos. Em primeiro lugar, em casos de decisão coletiva, poderá haver divergência na composição dos *pay-offs* (ou recompensas).

A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 103).

44. SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 104.

45. “When alternatives are examined sequentially, we may regard the first satisfactory alternative that is evaluated as such as the one actually selected” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 110).

46. SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 106.

47. “By the introduction of a simple pay-off function and of a process for gradually improving the mapping of behavior alternatives upon possible outcomes, the process of reaching a rational decision may be drastically simplified from a computational standpoint” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108).

48. SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108.

49. “The key to the simplification of the choice process in both cases is the replacement of the goal of maximizing with the goal of satisficing, of finding a course of action that is ‘good enough’”. (SIMON, Herbert (1916-2001). Models of Man: Social and Rational. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1957, p. 205).

50. “The classical theory does not tolerate the incomparability of oranges and apples. It requires a scalar pay-off function, that is, a complete ordering of pay-offs” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, nº 1, Feb., 1955, p. 108).

Em segundo lugar, mesmo o indivíduo poderá buscar a implementação de valores distintos, que não tenham denominador comum⁵¹.

O argumento central do trabalho de Simon é o de que, como regra, os indivíduos não conhecem os custos agregados de obtenção da informação e não têm um arranjo preordenado de pesos para comparar os múltiplos *payoffs*. Assim, assumir a premissa da busca por um resultado bom o suficiente já seria o bastante para a construção de um modelo que, substituindo a racionalidade global por um modelo de comportamento racional compatível com o acesso à informação e as capacidades computacionais efetivamente possuídas pelos indivíduos⁵², pudesse satisfazer adequadamente o intuito preditivo. Em perspectiva ampla, a proposta de Simon era a de criar um modelo mais aderente à realidade dos comportamentos dos indivíduos em contextos organizacionais⁵³.

Com base nessas premissas, buscou-se adequar a teoria econômica à realidade, mediante a adoção de uma racionalidade “procedimental” em contraposição à racionalidade “substancial”⁵⁴. Essa racionalidade procedimental, entendida como *racionalidade limitada*, depende da análise não só dos objetivos do agente

51. SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, n° 1, Feb., 1955, p. 109.

52. “The task is to replace the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, n° 1, Feb., 1955, p. 99).

53. “The broader aim, however, in constructing these definitions of ‘approximate’ rationality is to provide some materials for the construction of a theory of the behavior of a human individual or of groups of individuals who are making decisions in an organizational context. The apparent paradox to be faced is that the economic theory of the firm and the theory of administration attempt to deal with human behavior in situations in which that behavior is at least ‘intendedly’ rational; while, at the same time, it can be shown that if we assume the global kinds of rationality of the classical theory the problems of internal structure of the firm or other organization largely disappear. The paradox vanishes, and the outlines of theory begin to emerge when we substitute for ‘economic man’ or ‘administrative man’ a choosing organism of limited knowledge and ability. This organism’s simplifications of the real world for purposes of choice introduce discrepancies between the simplified model and the reality; and these discrepancies, in turn, serve to explain many of the phenomena of organizational behavior” (SIMON, Herbert (1916-2001). A Behavioral Model of Rational Choice. In: The Quarterly Journal of Economics. Vol. 69, n° 1, Feb., 1955, p. 115).

54. “Da racionalidade como pura premissa mecanicista, um dado exógeno e invariável, avançou-se para a graduação dessa racionalidade exógena, admitindo-se que um grau muito restrito de racionalidade pudesse presidir à ampla maioria das decisões correntes, e que a desigualdade desse grau implicasse a heterogeneidade e a idiosincrasia de padrões de conduta que, outrora se tinham tomado por universalizáveis” (ARAÚJO, Fernando. Introdução à Economia (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 33).

econômico, mas também do nível de informação e conhecimento que esse tem da situação, além das suas habilidades para fazer inferências a partir da informação que possui. A situação objetiva em que ele se encontra apenas interessa na medida em que influencia a sua própria representação do contexto⁵⁵. Ao defender que os indivíduos detêm racionalidade *limitada*, Simon tão somente iluminou o fato de que esses não possuem completa capacidade cognitiva de resolver problemas complexos, “which is obviously true”, nas palavras de Richard Thaler⁵⁶.

A partir desse ponto de partida, a economia passou a questionar os axiomas da racionalidade ilimitada, explorando uma série de situações em que tanto a completude quanto a transitividade não são observadas na prática⁵⁷. É claro que a economia se distingue das demais ciências sociais por partir do pressuposto de que a maioria dos comportamentos pode ser explicada se assumindo que os agentes têm preferências bem definidas e estáveis e fazem escolhas racionais consistentes com essas preferências em mercados livres⁵⁸. Porém, nem sempre as coisas acontecem dessa forma. Em verdade, a limitação desse modelo mecanicista de decisão pode encontrar três limites: *bounded rationality*, *bounded willpower* e *bounded self-interest*⁵⁹.

55. “There is a fundamental difference between substantive and procedural rationality. To deduce the substantively or objectively rational choice in a given situation, we need to know only the choosing organisms goals and the objective characteristics of the situation. We need to know absolutely nothing else about the organism, nor would such additional knowledge be of any use to us, for it could not affect the objectively rational behavior in any way. To deduce the procedurally or boundedly rational choice in a situation, we must know the choosing organism’s goals, the information and conceptualization it has of the situation, and its abilities to draw inferences from the information it possesses. We need know nothing about the objective situation in which the organism finds itself, except insofar as that situation influences the subjective representation” (SIMON, Herbert (1916-2001). *Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science*. In: *The American Political Science Review*, Vol. 79, n° 2, Jun., 1985, p. 294).

56. THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 23.

57. Na teoria do direito, essa é a premissa adotada por LAGERSPETZ, Eerik. *The opposite mirrors. An essay on the conventionalist theory of institutions*. Dordrecht: Springer, 1995, pp. 33-39.

58. THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 172.

59. THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 258. O *bounded willpower*, entendido como o fato de que “human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests” e o *bounded self-interest* entendido como o fato de que as pessoas “care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances”. Sobre o tema, ver JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *A behavioral approach to law and economics*. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). *Behavioral Law and Economics* (2000). New York: Cambridge University Press, 2003, p. 15.

Justamente nesse âmbito, a psicologia⁶⁰ teve um papel importantíssimo, ao trazer à tona um repertório bastante completo dos conjuntos de atalhos, “regras gerais” e máximas intuitivas⁶¹ utilizadas pelo agente no seu dia a dia quando da tomada de decisões: são as chamadas heurísticas⁶² de decisão⁶³.

2.3. Heurísticas e enviesamentos e a contribuição da economia comportamental

Desde os pioneiros trabalhos de Simon, o questionamento da racionalidade ilimitada (ou substancial) dos agentes tem ganhado espaço na economia. Nessa medida, tem-se constatado uma série de atalhos decisórios utilizados pelos indivíduos quando da tomada de decisões. Essas heurísticas, que afastam o indivíduo de uma racionalidade ilimitadamente maximizadora, ressignificam o próprio conceito de agente econômico. Agora não mais entendidos como *Econs*, mas como *Humans*, para utilizar a alegoria de Richard Thaler e Cass Sunstein. A racionalidade limitada leva a que se dê atenção a fatores supostamente irrelevantes⁶⁴ que alteram significativamente a tomada de decisão.

Ainda que muitos tenham contribuído para o tema, foram Amos Tversky e Daniel Kahneman os responsáveis por sistematizar uma série de heurísticas utilizadas cotidianamente pelos indivíduos na tomada de decisão. Em artigo seminal sobre o tema, os autores apresentaram o primeiro catálogo da matéria⁶⁵. A partir

-
60. “O pressuposto de que o *homo aeconomicus* é invariavelmente racional, egoísta, maximizador e inteiramente congruente nas suas preferências tem sido atacado crescentemente pelos psicólogos, e por todos aqueles que querem enriquecer a análise econômica com um maior realismo nas referências comportamentais, já que há muito se percebeu que a caricatura estilizada do ‘*homo aeconomicus*’ nem sequer corresponde à sofisticada psicologia e teoria moral que estava já presente na fundação da moderna ciência econômica” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32).
61. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30.
62. Pode-se denominar heurística o “simple procedure that helps to find adequate, though often imperfect, answers to difficult questions” (KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, p. 98).
63. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 34.
64. THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 9.
65. TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974. Antes disso, os autores já haviam trabalhado algumas heurísticas em separado em TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In *Cognitive Psychology*, nº 5, 1973, pp. 207-232; TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. In: *Psychological Bulletin*, nº 76, 1971, pp. 105-110 e KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). Subjective probability: A judgment of representativeness.

da constatação de que as pessoas reduzem a dificuldade da complexa tarefa de avaliar probabilidades e prever valores mediante utilização de operações mentais simples, os autores buscaram atentar para o fato de que, muitas vezes, essas simplificações de tomada de decisão levam a erros severos e sistemáticos (em razão de enviesamentos ou vieses)⁶⁶. As heurísticas, assim, conformam uma ambiguidade: ao mesmo tempo em que são úteis, por agilizarem o processo de tomada de decisão, reduzindo custos financeiros e temporais – podendo presumivelmente ajudar a tomada de decisão por indivíduos sem qualquer base probabilística –, fornecendo em muitos casos respostas úteis, de outro lado acabam levando a enviesamentos, ou seja, afastamentos dos modelos normativos⁶⁷.

Segundo Tversky e Kahneman, em primeiro lugar, indivíduos utilizam a heurística da representatividade⁶⁸, mediante a qual utilizam similitudes previamente conhecidas para a tomada de decisão⁶⁹. A heurística da representatividade pode levar à insensibilidade para probabilidades anteriores (a noção de similaridade é mais forte do que os indicativos anteriores de probabilidade estatística, levando a erros de

In: *Cognitive Psychology*, nº 3, 1972, pp. 430-454 e KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). On the psychology of prediction. In: *Psychological Review*, 1973, vol. 80, nº 4, pp. 237-251.

66. "People rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124).
67. BARON, Jonathan. Heuristics and Bias. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 11.
68. "Many of the probabilistic questions with which people are concerned belong to one of the following types: What is the probability that object A belongs to class B? What is the probability that event A originates from process B? What is the probability that process B will generate event A? In answering such questions, people typically rely on the representativeness heuristic, in which probabilities are evaluated by the degree to which A is representative of B, that is, by the degree to which A resembles B. For example, when A is highly representative of B, the probability that A originates from B is judged to be high. On the other hand, if A is not similar to B, the probability that A originates from B is judged to be low" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124). Para uma primeira aproximação, ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). Subjective probability: A judgment of representativeness. In: *Cognitive Psychology*, nº 3, 1972, pp. 430-454.
69. TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1124.

juízo) ⁷⁰, para diferenças de tamanho da amostra (a noção de similaridade é mais forte do que a noção probabilística de que quanto menor a amostra mais ela tende a se distanciar da média) ⁷¹ e para possibilidade de predição (as pessoas desconsideram a ausência de fatores para predição e utilizam intuições por similaridade) ⁷². Além disso, leva à falta percepção de possibilidades (uma sequência curta de acontecimentos leva a uma percepção equivocada das possibilidades) ⁷³, à ilusão de validade (mesmo sabendo da falibilidade dos fatores que basearam a percepção, agentes insistem em fazer predições pela representatividade) ⁷⁴ e à falsa percepção da regressão (o fato de ter se afastado da média uma vez significa uma tendência à aproximação da média na próxima vez, mas isso não é percebido) ⁷⁵.

De outro lado, indivíduos utilizam da heurística da disponibilidade ⁷⁶, mediante a qual utilizam com maior ênfase as informações disponíveis quando comparadas

-
70. "One of the factors that have no effect on representativeness but should have a major effect on probability is the prior probability, or base-rate frequency, of the outcomes" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1124).
71. "To evaluate the probability of obtaining a particular result in a sample drawn from a specified population, people typically apply the representativeness heuristic. (...) large sample is less likely to stray from 50 percent" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1125).
72. "People are sometimes called upon to make such numerical predictions as the future value of a stock, the demand for a commodity, or the outcome of a football game. Such predictions are often made by representativeness" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1126).
73. "People expect that a sequence of events generated by a random process will represent the essential characteristics of that process even when the sequence is short" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1125).
74. "The unwarranted confidence which is produced by a good fit between the predicted outcome and the input information may be called the illusion of validity. This illusion persists even when the judge is aware of the factors that limit the accuracy of his predictions" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1126).
75. Logo, quando se pune alguém e na próxima escolha essa se aproxima da média, isso não necessariamente é resultado da punição, mas potencialmente apenas a regressão à média. Nesse sentido, TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, pp. 1126-1127.
76. "There are situations in which people assess the frequency of a class or the probability of an event by the ease with which instances or occurrences can be brought to mind" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, n° 4157, 1974, p. 1127). Para uma primeira aproximação, ver

às indisponíveis para a determinação das probabilidades e para a tomada de decisão. A heurística da disponibilidade pode levar ao viés da facilidade de recuperação da memória (a maior lembrança da ocorrência leva a um reforço de percepção de probabilidade e a saliência da situação na memória incentiva esse enviesamento)⁷⁷, da maior facilidade de reconstrução do grupo de opções (a facilidade de reconstruir mentalmente as opções possíveis pode levar a um enviesamento)⁷⁸, ao viés da imaginação (o fato de não termos acesso direto às circunstâncias faz com que imaginemos probabilidades com base em situações similares conhecidas)⁷⁹. Além disso, a heurística da disponibilidade pode levar à correlação ilusória (imagina-se maior probabilidade de ocorrência conjunta de eventos cujo vínculo de associação é forte)⁸⁰.

De outro lado, indivíduos utilizam da heurística da ancoragem⁸¹, mediante a qual diferentes pontos de partida podem levar a diferentes estimativas, em razão da

TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Availability: a Heuristic for Judging Frequency and Probability. In *Cognitive Psychology*, nº 5, 1973, pp. 207-232.

77. "Biases due to the retrievability of instances. When the size of a class is judged by the availability of its instances, a class whose instances are easily retrieved will appear more numerous than a class of equal frequency whose instances are less retrievable" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).
78. "Biases due to the effectiveness of a search set Suppose one samples a word (of three letters or more) at random from an English text. Is it more likely that the word starts with *r* or that *r* is the third letter? People approach this problem by recalling words that begin with *r* (road) and words that have *r* in the third position (car) and assess the relative frequency by the ease with which words of the two types come to mind" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).
79. "Biases of imaginability. Sometimes one has to assess the frequency of a class whose instances are not stored in memory but can be generated according to a given rule. In such situations, one typically generates several instances and evaluates frequency or probability by the ease with which the relevant instances can be constructed" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1127).
80. "Illusory correlation: Availability provides a natural account for the illusory-correlation effect. The judgment of how frequently two events co-occur could be based on the strength of the associative bond between them. When the association is strong, one is likely to conclude that the events have been frequently paired" (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: *Science*, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128).
81. "In many situations, people make estimates by starting from an initial value that is adjusted to yield the final answer. The initial value, or starting point, may be suggested by the formulation of the problem, or it may be the result of a partial computation. In either case, adjustments are typically insufficient. That is, different starting points yield different estimates, which are biased toward the initial values. We call this phenomenon anchoring"

tendência a que o agente utilize o ponto de partida como “âncora”. A heurística da ancoragem pode levar ao viés do ajuste insuficiente (a depender de qual a grandeza do ponto de partida, o resultado será distinto para mais ou para menos)⁸² e ao viés na análise de eventos simples, conjuntivos ou disjuntivos (tende-se a achar mais provável a conjugação de dois elementos do que de um em separado, mesmo que a cumulação de duas características imponha probabilidade menor do que uma característica sozinha)⁸³.

A sistematização das heurísticas recebeu a contribuição de inúmeros economistas e psicólogos nos últimos anos. Em linhas gerais, parte-se da mesma base de Tversky e Kahneman, agregando algumas situações específicas, ligadas aos resultados extraídos de alguns experimentos⁸⁴. A construção em torno das falhas da racionalidade humana (a hoje denominada *behavioral economics* ou economia comportamental) permitiu, após mais de cinquenta anos de pesquisa⁸⁵, uma aproximação muito mais realista das situações em que os indivíduos desviam do raciocínio econômico tradicional (maximização de utilidade)⁸⁶.

(TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128).

82. TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1128.

83. “Biases in the evaluation of conjunctive and disjunctive events. The overall probability of a conjunctive event is lower than the probability of each elementary event, whereas the overall probability of a disjunctive event is higher than the probability of each elementary event. As a consequence of anchoring, the overall probability will be overestimated in conjunctive problems and underestimated in disjunctive problems” (TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. In: Science, Vol. 185, nº 4157, 1974, p. 1129).

84. Para uma análise representativa das teses desenvolvidas em torno das heurísticas, ver KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996); SLOVIC, Paul (ed.). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982. Para uma crítica em torno da pluralidade de resultados empíricos e da ausência de suporte para tamanha proliferação de proposta de enviesamentos, ver GIGERENZER, Gerd. On narrow norms and vague heuristics: A reply to Kahneman and Tversky. In: Psychological Review, Vol. 103, nº 3, 1996, pp. 592-596.

85. Ainda que tradicionalmente se remeta a Simon o crédito pelo nascimento desse ramo da disciplina, conceber a economia como a ciência do comportamento humano não é lá uma novidade. Nesse sentido, é possível encontrar algumas referências aos pilares da economia comportamental já em Adam Smith. Sobre o tema, ver ASHRAF, Nava; CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. Adam Smith, Behavioral Economist. In: Journal of Economic Perspectives, vol. 19, nº 3, 2005, pp 131-145.

86. BARON, Jonathan. Heuristics and Bias. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014, p. 22.

A contribuição da economia comportamental para a ciência econômica pode ser entendida, em sentido macro, como a tendência a um retorno à empiria⁸⁷, com o consequente afastamento das pretensões teórico-axiomáticas⁸⁸. Daí a sua comparação com a engenharia: a economia comportamental funcionando como um conjunto de aprimoramentos práticos que ajudam a melhorar as previsões de comportamento⁸⁹. Em sentido micro, o futuro da disciplina se centra em três preocupações: ensinar os indivíduos a fugirem dos viesamentos cognitivos, delimitar estruturas e arranjos institucionais adequados por meio da arquitetura de escolhas e ajudar no incremento informacional para a tomada de decisão⁹⁰. Nesses três flancos o seu conhecimento pode ser útil para o direito processual.

2.4. Limitação da racionalidade dos sujeitos processuais (em especial as partes)

A interação dos sujeitos processuais se desenvolve em um ambiente institucional de cooperação e conflito. Nessa medida, o estudo da economia tem grande utilidade para o direito, em especial o direito processual, ao permitir, em primeiro lugar, a delimitação de arranjos institucionais que conformem adequadamente os incentivos aos comportamentos dos sujeitos processuais. Em segundo lugar, ao permitir, com razoável fidelidade – se cruzada com o empirismo estatístico –, a antevisão dos efeitos dessas conformações normativo-institucionais⁹¹. Em terceiro

87. “If economics is a science primarily concerned with incentives, it is also—fortunately—a science with statistical tools to measure how people respond to those incentives. All you need are some data” (LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics. A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. Exp. Ed. New York: Harper Collins, 2005, p. 24).

88. “The first is that behavioral economic theories (or any descriptive theories) must abandon the inductive reasoning that is the core of neoclassical theories and instead adopt a deductive approach in which hypotheses and assumptions are based on observations about human behavior. In other words, behavioral economic theory must be evidence-based theory” (THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*. In: *American Economic Review*, Vol. 106, n 7, 2016, p. 1591).

89. THALER, Richard. *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*. In: *American Economic Review*, Vol. 106, n 7, 2016, p. 1592.

90. BARON, Jonathan. *Heuristics and Bias*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 24.

91. “Como estudo centrado na determinação e avaliação de escolhas racionais, a economia tem, aliás, muito a dizer, por sua vez, sobre a modelação jurídica, na medida em que esta seja fruto ou objecto de escolhas sociais e se trate de prever os efeitos de regras jurídicas alternativas aplicadas àquelas decisões individuais” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29).

lugar, por fim, é uma fonte bastante frutífera de *insights* para a atividade estratégica dos sujeitos parciais, especialmente se considerada a vantagem realista fornecida pela compreensão das heurísticas e dos enviesamentos. Assim como em qualquer outra área da ação humana, o agir processual racional encontra limites. A limitação da racionalidade global com a consequente adoção de um paradigma de racionalidade procedimental pode ter reflexos importantes para o processo. É possível enquadrar os sujeitos processuais nos três problemas enfrentados por Simon.

Em primeiro lugar, a característica *sequencial* da maioria dos espaços de tomada de decisão no processo impõe aos indivíduos a dificuldade de se tomarem decisões racionais quando não há conhecimento de fatos futuros. A incerteza que é inerente ao fenômeno processual (como já analisado) impõe a tomada de decisão em ambientes de informação incompleta. Especialmente no que tange às decisões procedimentais mais drásticas (transacionar ou não transacionar; produzir prova ou não produzir prova; recorrer ou não recorrer), essa característica é sempre presente.

Em segundo lugar, a incompletude informacional típica do ambiente processual, seja pelas informações possuídas apenas por terceiros (modelo de informações incompletas para ambas as partes), seja pelas informações em posse da contraparte (modelo de informação assimétrica), é fator que acarreta custos de obtenção da informação. Esses custos (especialmente temporais e financeiros) normalmente não são percebidos pela parte quando da tomada da decisão de litigar. Nesse caso, o processo de tomada de decisão é tendencialmente limitado também pelo tema da insuficiência da informação.

Em terceiro lugar, e no que diz respeito mais especificamente à dificuldade de se modelarem adequadamente árvores de decisão e esquemas de jogos teóricos, dificilmente o sujeito processual (por si ou pelo seu agente, o procurador) poderá fazer escolhas dotadas das características de completude e intransitividade. Isso porque, além das limitações relativas às normas processuais, que muitas vezes impedem a antevisão dos comportamentos dos demais sujeitos em situações como a da manifestação simultânea, os múltiplos *payoffs* decorrentes das manifestações (especialmente nos atos estimulantes⁹²) também dificultam a prognose.

Em quarto lugar, e por fim, o processo judicial tem um componente de incerteza ligado à estrutura de heterocomposição do conflito, que se exacerba em sistemas pouco funcionais como o brasileiro: a aleatoriedade do resultado. Para além da incerteza relativa à possibilidade de apuração adequada dos fatos da causa,

92. COSTA E SILVA, Paula. Acto e Processo. O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 207; CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 139-140. Na linguagem de Goldschmidt, "atos postulativos" (GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, pp. 383-470).

a incerteza no que diz respeito à resposta jurídica a ser conferida pelo juiz é maior ainda em sistemas não habituados ao *stare decisis*⁹³.

Se a atividade processual das partes é presidida por uma coordenação entre barganha⁹⁴ e persuasão⁹⁵, ameaças (ou blefes) e ações⁹⁶, razão e intuição⁹⁷, e o con-

-
93. Remete-se aqui à bibliografia já indicada em matéria de precedentes. Para uma análise dos custos e benefícios de um sistema estruturado em respeito ao *stare decisis*, ver MACEY, Jonathan R. The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis. In: Chicago-Kent Law Review, Vol. 65, 1989, pp. 93-113; FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: International Review of Law and Economics, vol. 26, 2006, pp. 519-535 e SUMMERS, Robert (1922-2012); KELLEY, Leigh. Economists reasons for common law decisions – a preliminary inquiry. In: Oxford Journal of Legal Studies, vol. 1, 1981, pp. 213-255.
94. “To study the strategy of conflict is to take the view that most conflict situations are essentially *bargaining* situations” SCHELLING, Thomas C. The strategy of conflict (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, p. 5.
95. A persuasão, no processo civil, é um dos elementos mais importantes da estratégia, na medida em que o agente decisor (estado-juiz) deve ser persuadido pelas partes a decidir em modo ‘a’ ou ‘b’. Esse tema está intimamente ligado ao das narrativas judiciais. “Not only are stories instruments of strategy, they also give form to strategy. Reinforced by cognitive theories and the role of interpretative constructs and scripts in organizing attitudes and behavior, narratives have moved to the fore in the contemporary strategic literature in military, politics, and business” FREEDMAN, Lawrence. Strategy. A History. New York: Oxford University Press, 2013, p. 615. Para uma discussão em torno das narrativas parciais, no processo, e seu caráter estratégico, ver TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O Juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 51-94.
96. “So the realm of strategy is one of bargaining and persuasion as well as threats and pressure, psychological as well as physical effects, and words as well as deeds. This is why strategy is the central political art. It is about getting more out of a situation than the starting balance of power would suggest. It is the art of creating power.” FREEDMAN, Lawrence. Strategy. A History. New York: Oxford University Press, 2013, p. xii.
97. “Strategic thinking can and often does start in the subconscious before it breaks into conscious thought. It can originate as apparently intuitive judgments, reflecting what can now be labeled System 1 thinking. System 1 strategies draw on an ability to read situations and see possibilities that less-strategic intelligences would miss” FREEDMAN, Lawrence. Strategy. A History. New York: Oxford University Press, 2013, p. 613. A distinção entre o sistema 1 (“intuição”) e o sistema 2 (“razão”) de atividade cognitiva (a partir da assunção de um processo dual cognitivo, que se deve inicialmente a WASON, Peter; EVANS, Johnatan. Dual Processes in Reasoning? In: Cognition, nº3, 1975, pp. 141-154) teve seu desenvolvimento na economia comportamental devido, especialmente, ao nobel de economia Daniel Kahneman (afirmadamente influenciado pelo trabalho de STANOVICH, Keith; WEST, Richard. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? In: Behavioral and Brain Sciences, nº 23, 2000, pp. 645-726, especificamente às páginas 658 a 660 os autores expõem pela primeira vez a distinção entre sistema 1 e sistema 2). Em síntese, o sistema 1 opera de forma automática e rápida, com pequeno ou nenhum esforço, e sem controle voluntário; o sistema 2 aloca atenção

texto informacional é limitado, o agir parcial envolve um necessário componente estratégico, cuja função está justamente em indicar melhores ou piores caminhos naqueles espaços de liberdade outorgados pelas normas processuais⁹⁸. A estratégia pressupõe o conhecimento das regras que constituem a atividade a ser desempenhada (a instituição processual). Para estabelecer o plano estratégico, pressupõe-se o conhecimento dos comportamentos permitidos e dos comportamentos proibidos⁹⁹ e, principalmente, a antevisão das atividades dos demais sujeitos. O caráter de interdependência da atividade dos contendores¹⁰⁰, essa situação de interdependência dos sujeitos parciais, é um aspecto inescapável do processo, tendo em vista o caráter dialógico e os condicionamentos recíprocos¹⁰¹. O processo é, ao fim e ao cabo, um ambiente de tomada de decisões interdependentes¹⁰² ou, em outras palavras, decisões estratégicas¹⁰³.

nas atividades mentais que demandam esforço, raciocínio e concentração (KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013, pp. 20-21). Como bem ressalva o próprio autor, os sistemas 1 e 2 são simplificações que não existem enquanto sistemas físicos no cérebro, mas funcionam como abstrações didáticas para compreensão dos dois modos de proceder da atividade cognitiva (p. 415).

98. Nesse sentido, as regras da estratégia estariam alocadas naquilo que Schauer chama de instrução (*instruction*), já que são usadas para “provide direction for success in one enterprise or task” (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life* (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 3).
99. “Apenas se soubermos exatamente o que é o jogo, isto é, aquilo em que consiste, poderemos organizar a estratégia a seguir de uma ou de outra forma. A estratégia em si não faz parte do que é o jogo, mas pressupõe a definição do jogo ou, o que dá no mesmo, das regras que o constituem”. Em outras palavras: “como seria possível estabelecer um plano estratégico para vencer o adversário se não soubéssemos previamente como se joga?” ROBLES, Gregorio. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito* (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 23.
100. SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, p. 3, nota 1.
101. “Ogni mossa fatta da una parte del processo non è causa necessaria e sufficiente dell’atto successivo della controparte, ma è soltanto un *occasione* che vien data a questa di compiere a sua volta una tra varie mosse, tutte giuridicamente possibili, tra le quali sta al suo senso di opportunità scegliere quella più adatta a neutralizzare la mossa avversaria”. CALAMANDREI, Piero (1889-1956). *Il processo come giuoco*. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 27.
102. SCHELLING, Thomas C. *The strategy of conflict* (1960). New Ed. Cambridge: HUP, 1980, pp. 15-16.
103. “Such interactive decisions are called strategic, and the plan of action appropriate to them is called a strategy”. DIXIT, Avinash; NALEBUFF, Barry. *Thinking Strategically. The competitive edge in business, politics, and everyday life*. New York: Norton & Company, 1991, p. 2. Registre-se que o presente trabalho não tem a pretensão de incluir como

Essa interdependência força a que os objetivos iniciais muitas vezes tenham de ser alterados em razão dos condicionamentos recíprocos de todos os sujeitos processuais¹⁰⁴ e, principalmente, que a atividade desempenhada leve em conta o contexto informacional para a busca da utilidade (notadamente a vitória naquele processo, mas não necessariamente, haja vista a possibilidade de que um processo tenha repercussão sobre outros¹⁰⁵). Essa busca da utilidade está, portanto, necessariamente limitada pela racionalidade (que, como vimos, é também ela limitada). Em suma, assim como nas demais estruturas interacionais, o agente processual é chamado a escolher e calcular meios e fins em termos utilitários (de maximização da utilidade ou expectativa de utilidade)¹⁰⁶, temperado pelos inúmeros problemas de limitação da sua racionalidade.

Em síntese, não há dúvida de que a ação humana, fora e dentro do processo, é estruturada a partir de alguns axiomas comportamentais, estruturados pela ciência econômica e recentemente temperados pelo aporte relativo à cognição trazido

tomador de decisões estratégicas também o juiz. Isso não significa uma defesa de que o julgador não exerça posições estratégicas ao longo do desenvolvimento normal (mantida a imparcialidade) ou anormal (com afronta à imparcialidade) do processo. Trata-se de um corte metodológico. Sobre o tema das estratégias dos julgadores, ver MURPHY, Walter (1929-2010). *Elements of judicial strategy* (1964). Reimp. New Orleans: Quid Pro Books, 2016, em especial 163-194. Ainda no tema, ver BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph. *Strategy on the United States Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, abordando estratégias ideológicas e institucionais dos julgadores da suprema corte estadunidense. São exemplos do agir estratégico do juiz a seleção de questões a serem julgadas (exemplo clássico é *writ of certiorari*, estadunidense), a forma de exposição da divergência em julgamentos colegiados, a utilização de expedientes para viabilizar autocomposição, a instituição de sanções comportamentais mais ou menos intensas, a utilização de expedientes de contraditório prévio para evitar alegações de nulidade futuras, entre outras situações. É possível pensar – fora do âmbito da juridicidade – em estratégias coordenadas (conscientes ou não) entre juiz e uma das partes. Um exemplo possível é a utilização do plantão judiciário como forma de burla ao juiz natural.

104. "With each move from one state of affairs to another, the combination of ends and means will be reappraised. Some means will be discarded and new ones found, while some ends will turn out to be beyond reach even as unexpected opportunities come into view". FREEDMAN, Lawrence. *Strategy. A History*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 611.
105. O componente estratégico na litigiosidade repetitiva, por exemplo, pode envolver a busca por uma vitória em perspectiva macro (formação de precedente ou solução da tese ou questão jurídica) a custo de uma eventual derrota em perspectiva micro (sucumbência no caso concreto).
106. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action*. Vol. 1. Reason and the rationalization of society (1981). Trad. Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984, p. 85. Pode-se dizer, desde logo, que essa utilidade não leva em conta apenas variáveis econômicas de cunho estritamente pecuniário. O cálculo de utilidade ou bem-estar pode levar em conta outros benefícios não pecuniários para o agente.

pela economia comportamental. O desenvolvimento dos trabalhos pela economia comportamental permite questionar o modelo de agente econômico tradicionalmente construído: um indivíduo dotado de racionalidade ilimitada que vive para a maximização de sua utilidade. Isso não significa o abandono da contribuição do modelo da escolha racional. Esse sempre poderá servir como primeira aproximação aceitável para quem estuda qualquer ciência social. Na tomada de decisões em situações complexas de incerteza e risco como as do processo judicial, seus resultados podem não ser fidedignos, mas esse será sempre um limite de qualquer pretensão de análise econômica de fenômenos humanos. A economia comportamental, assim, busca enriquecer as ferramentas de análise, tornando esse intento de prognose um pouco mais aderente à realidade¹⁰⁷. Não se trata do abandono da racionalidade, mas tão somente da incorporação de motivações para o curso de ação não somente materiais (e nem sempre voluntárias) na sua conformação. Independentemente das limitações cognitivas, no fundo estará sempre o agente buscando a satisfação de algum de seus desejos, mesmo que os meios utilizados para isso acabem conduzindo-o a resultados distintos¹⁰⁸, até mesmo indesejados em certas situações.

107. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito* (2000). 2ª Ed. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 38-39.

108. "The ultimate end of action is always the satisfaction of some desires of the acting man. Since nobody is in a position to substitute his own value judgments for those of the acting individual, it is vain to pass judgment on other people's aims and volitions. No man is qualified to declare what would make another man happier or less discontented" (MISES, Ludwig von (1881-1973). *Human Action: a treatise on economics* (1949). 4ª Ed. San Francisco: Fox & Wilkes, 1996, p. 19).

TERCEIRA PREMISA: O PAPEL INSTITUCIONAL DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O estudo dos incentivos, como fica claro, tem íntima afinidade com a forma como as instituições são estruturadas. O direito inevitavelmente estrutura incentivos quando prescreve comportamentos na forma de normas jurídicas¹. O tema tem sido objeto de atenção no âmbito do direito pelos economistas e pela análise econômica do direito há algum tempo, especialmente no que diz respeito às estruturas privadas (contratos, empresas, organizações), a partir dos estudos da teoria da firma². Propõe-se que o processo (entendido como conjunto de normas que regulam comportamentos dos sujeitos envolvidos no processo judicial) possa ser concebido como uma instituição no sentido econômico do termo e, portanto, possa valer-se do aporte da teoria dos incentivos. Isso não significa, entretanto, uma adesão à perspectiva institucionalista (na formatação conferida por Jaime Guasp) do processo civil. Como veremos adiante, essa acepção baseia-se em concepções completamente diversas acerca do significado de uma “instituição”³.

-
1. “Se for possível interferir com a dimensão absoluta ou relativa desses custos e benefícios, alterando-a, então será de esperar que um agente racional responda a essa alteração, adaptando a ela a sua conduta. É, pois, possível condicionar a conduta do agente econômico sem lhe retirar a sua liberdade de escolher e decidir – interferindo somente nos incentivos que são para ele o valor absoluto ou relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, os pontos de referência das suas escolhas e a sua motivação para agir. A maior parte das decisões de que se ocupa a economia não são em rigor as de fazer ou deixar de fazer algo – o tudo ou nada –, mas antes as de fazer mais ou menos de algo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia* (2002). 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44).
 2. A partir de COASE, Ronald (1910-2013). *The Nature of the Firm*. In: *Economica*, New Series, Vol. 4, nº 16, Nov., 1937, pp. 386-405. Para o desenvolvimento na teoria das organizações, ver WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999. Para o desenvolvimento na teoria do contrato, o completíssimo livro de ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
 3. Para uma contribuição interessante, embora diversa daquela adotada nesse trabalho, consultar RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e Imaginação: da indeterminação jurídica à inovação institucional*. São Paulo: Malheiros, 2016, em especial pp. 130-139, em que o

2.2. Os *nudges* como incentivos delimitados pelo arquiteto de escolhas

Indivíduos têm dificuldades na tomada de decisão. Quanto maior a amplitude das opções, mais difícil é a tarefa de escolher entre uma delas¹⁴. Ausência de informação, tendência à inércia, ancoragem, otimismo, entre outros enviesamentos¹⁵, podem impedir uma tomada de decisão racional. A tese principal de Sunstein e Thaler é a de que pequenos – e aparentemente insignificantes – detalhes podem ter impacto relevante no comportamento dos agentes, influenciando diretamente a sua escolha¹⁶.

Esses pequenos detalhes, pensados pelo arquiteto de escolhas para facilitar a vida do tomador de decisão, são o que os autores chamam de *nudges*. Um *nudge* (cuja tradução coloquial pode ser “cutucada”, “empurrãozinho” ou “orientação”¹⁷) é todo aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento dos agentes de maneira previsível, sem retirar do agente nenhuma opção ou alterar significativamente os incentivos econômicos ligados à tomada de decisão¹⁸. O *nudge* é um pequeno

-
14. “People adopt different strategies for making choices depending on the size and complexity of the available options. When we face a small number of well-understood alternatives, we tend to examine all the attributes of all the alternatives and then make trade-offs when necessary. But when the choice sets large we must use alternative strategies, and these can get us into trouble” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 96).
15. Sobre o tema dos enviesamentos comportamentais, ver o seminal trabalho de TVERSKY, Amos (1937-1996); KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. In: *Science*, Vol. 185, n° 4157, 1974, pp. 1124-1131 e também a coletânea KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996); SLOVIC, Paul (ed.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982. Para outras referências sobre o tema, ver considerações em torno das heurísticas, *infra*.
16. “Small and apparently insignificant details can have major impacts on people’s behaviour. A good rule of thumb is to assume that ‘everything matters’. In many cases, the power of these small details comes from focusing the attention of users in a particular direction” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 3).
17. Como observam os próprios autores, o termo é de difícil compreensão até mesmo em língua inglesa: “To nudge is ‘to push mildly or poke gently in the ribs, especially with the elbow’” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 4). O termo será usado no original nesse trabalho pela imprecisão das traduções existentes na língua portuguesa.
18. “A nudge, as we will use the term, is any aspect to the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 6).

detalhe do ambiente que atrai a atenção do agente e influencia seu comportamento, um fator supostamente irrelevante que tem a capacidade de direcionar a conduta¹⁹. O exemplo consagrado de *nudge* foi utilizado pela administração do aeroporto de Schiphol, na Holanda. Diante de problemas com a limpeza dos banheiros masculinos pelo excesso de urina em torno dos mictórios, decidiu-se por gravar uma imagem de uma mosca junto ao ralo do mictório. A medida, de baixíssimo custo, teve grande influência no comportamento dos usuários, ao criar um estímulo para que urinassem no lugar certo²⁰. A influência desse tipo de mecanismo pode ser direcionada ao chamado sistema 1 (da "intuição", também conhecido como sistema automático) ou ao sistema 2 (da "razão", também conhecido como sistema reflexivo) de atividade cognitiva²¹. Os *nudges* voltados ao sistema automático têm uma função menos per-

19. "A nudge is some small feature in the environment that attracts our attention and influences behavior. (...). Nudges are supposedly irrelevant factors that influence our choices in ways that make us better off" (THALER, Richard. *Misbehaving. The making of Behavioral Economics*. New York: Norton & Company, 2016, p. 326).
20. O exemplo é trazido por Thaler e Sunstein (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 1) e tornou-se emblemático, por ser anedótico. Inúmeros exemplos de *nudges* bem-sucedidos foram catalogados pela doutrina. Alguns foram catalogados pelos autores na edição mais recente (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 257-268). São exemplos (todos trazidos por Thaler e Sunstein): adesão automática a planos de previdência ou de saúde em contratos de trabalho, em caso de omissão na resposta, adesão automática (ou escolha obrigatória) à doação de órgãos em caso de nas contas de cartão de crédito, informações-padrão no formulário de declaração do imposto de renda, doações para a caridade como padrão de resposta previamente preenchido, campanha pública de conservação de energia e outros casos de publicidade social, avisos informando da adesão maciça da sociedade ou de um determinado grupo a certas condutas (criando constrangimento por não aderir), estímulos não verbais (cores, imagens) em caso de nos veículos, pinturas na estrada que causam ilusão de que se está andando mais rápido, aviso automático para *e-mail* que tem no conteúdo a palavra "anexo", mas nenhum anexo incluído, "esfriamento" automático em caso de certas transações, para dar tempo maior para reflexão, exposição pública para evitar repetição da conduta.
21. Para referências em torno dos dois sistemas cognitivos, remete-se a KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow* (2011). Reimp. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013. Pode-se compreender os dois sistemas da seguinte forma: "There are also two independent yet interacting systems responsible for the decisions we make. These systems have been called the automatic (or associative) and the reflective (or rule-based) systems. The automatic system is related to what we think of as our intuition, and it is unconscious, rapid, associative, and effortless. It is very sensitive to context and emotions, eager to jump to conclusions, and possesses a number of biases and preconceived assumptions. But the automatic system is precisely the one we need to understand what the people around us

ceptível, atuando nas predisposições do indivíduo. Ao contrário, aqueles voltados ao sistema reflexivo acabam tendo uma função informativa, atuando no processo mental racional de tomada de decisão. Pode-se dizer que, no primeiro caso, há uma indução de comportamento e, no segundo, uma indução de escolha²².

Os arquitetos de escolha podem preservar a liberdade dos agentes “cutucando-os” (“nudging”) para que tomem decisões mais adequadas²³. Esses detalhes funcionam como calibrações no contexto de decisão, utilizando enviesamentos previsíveis dos agentes para sutilmente induzi-los a tomar determinadas decisões²⁴. Em alguns casos, não é possível evitar o *nudge*, já que a arquitetura de escolhas necessariamente pressupõe a escolha entre possíveis formatações do contexto de escolha²⁵. Para que possa ser qualificado como *nudge*, esse detalhe no arranjo institucional não deve *interferir de forma relevante nos custos envolvidos* naquela escolha, deve ser *facilmente contornável ou evitável* e, principalmente, o comportamento desejado *não pode ser obrigatório*²⁶. *Nudges* não podem funcionar como imperativos de

are saying and what their intentions are. It allows us to quickly decide if it is most prudent to stop or proceed through a yellow light. (...) In contrast to the automatic system, the reflective system is slow, effortful, and requires conscious thought. It can adapt quickly to mistakes, and it is flexible and deliberative. This is the system we want to engage when we are problem solving, such as when we are trying to decide which mortgage plan is the best” (BUONOMANO, Dean. *Brain bugs: how the brain's flaws shape our lives*. New York: Norton & Company, 2011, e-book sem paginação).

22. HANSEN, Pelle; JESPERSEN, Andreas. *Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*. In: *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 1, 2013, 23-26. Os autores problematizam os distintos tipos de influência relacionando com os diferentes níveis de transparência exigidos em cada um deles.
23. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 255.
24. “They can help to improve choices and behavior by subtly calibrating the choice context to work with peoples’ predictable tendencies to rely on biases. These calibrations are called nudges” (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. *Competence and Trust in Choice Architecture*. In: *Knowledge, Technology & Policy*, Volume 23, nºs 3-4, Dec. 2010, p. 462).
25. “There is, in those situations, no way of avoiding nudging in some direction, and whether intended or not, these nudges will affect what people choose” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 10).
26. “Nudges are specifically designed to preserve both agency and control. While nudges steer people in particular directions, they permit you to go your own way. You can ignore them if you like. A reminder is a nudge; so is a warning. A GPS device nudges; a default rule nudges” (SUNSTEIN, Cass. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. New York: Palgrave Macmillan, 2017, p. 1).

conduta²⁷, mas simplesmente como facilitações para a tomada de decisão em um determinado sentido²⁸. Pode haver uma alteração na estrutura de incentivos, mas essa alteração deve estar ligada a questões não patrimoniais (que não contem no cálculo econômico de maximização da utilidade) ou que não envolvam restrições ao indivíduo²⁹. É por esse motivo que os autores chamam a teoria de *libertarianismo paternalista*. O *aspecto libertário* reside na *manutenção da liberdade de escolha do agente* e na insistência de que as pessoas devem ser livres para, conscientemente, cometerem erros³⁰. Já o *aspecto paternalista* reside na premissa de que é legítimo induzir a comportamentos mais adequados mediante alterações pontuais no contexto das escolhas, em função das *limitações cognitivas* desses agentes³¹. O *libertarianismo paternalista*, assim, assume a possibilidade de induções comportamentais sem coerção, para que os agentes tomem melhores decisões.

27. "As opposed to traditional paternalist tools such as mandates, bans, taxes, and subsidies, which affect the material availability or price of choices, nudges are changes to the choice environment (or *choice architecture*) around options, using the same cognitive biases and dysfunctions that motivate them to steer people toward choices that better serve their interests" (WHITE, Mark. Overview of Behavioral Economics and Policy. In: ABDUKADIROV, Sherzod (ed.). *Nudge Theory in Action: Behavioral Design in Policy and Markets*. New York: Palgrave Macmillan, 2016, p. 21).
28. "To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not" (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 6).
29. "Incentives can come in different forms. (...) Some of the nudges do, in a sense, impose cognitive (rather than material) costs, and in that sense alter incentives. Nudges count as such, and qualify as libertarian paternalism, only if any costs are low". (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 8, nota de rodapé).
30. "The libertarian aspect of our strategies lies in the straightforward insistence that, in general, people should be free to do what they like – and to opt out of undesirable arrangements if they want to do so (...) We strive to design policies that maintain or increase freedom of choice (...) Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way; they do not want to burden those who want to exercise their freedom" (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 5).
31. "The paternalistic aspect lies in the claim that it is legitimate for choice architects to try to influence people's behaviour in order to make their lives longer, healthier, and better. (...) In many cases, individuals make pretty bad decisions – decisions they would not have made if they had paid full attention and possessed complete information, unlimited cognitive abilities, and complete self-control. Libertarian is a relatively weak, soft, and nonintrusive type of paternalism because choices are not blocked, fenced off, or significantly burdened" (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 5).

Do ponto de vista da metodologia, os arquitetos de escolha, especialmente quando a tarefa envolve políticas públicas ou relações do administrado com a administração pública, devem ser *capacitados* para exercer o poder de incentivar comportamentos por meio de *nudges*. Em primeiro lugar, devem ter capacitação para identificar enviesamentos, estímulos e tentações a que estão submetidas as pessoas que terão de decidir naquele dado contexto de escolha. Em segundo lugar, devem ser capacitados para compreender como as pessoas percebem os contextos de escolha³². Por essa razão, é inadequado que formatações sejam estruturadas sem profissionais com formação na área da economia comportamental. Em terceiro lugar, estudos empíricos relativos ao comportamento das pessoas também são importantes, evitando-se a tendência de projeção de seus próprios comportamentos pelo arquiteto³³. Mesmo diante dos dados, devem-se ajustar seus resultados ao contexto específico e, principalmente, ao público-alvo idealizado para aquela situação³⁴. Uma vez de posse de dados empíricos previamente testados e do conhecimento relativo aos enviesamentos possíveis naquele dado contexto, pode-se discutir quais calibrações são mais ou menos adequadas para uma dada finalidade previamente estabelecida³⁵. Além disso, o *nudger* deve se preocupar com a metodologia para que possa haver replicação das técnicas. Assim, a apuração dos resultados das técnicas aplicadas é importantíssima para tanto³⁶. Em síntese, os arquitetos de escolha devem compreender como as pessoas perceberão e responderão aos ajustes de seu

-
32. SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, p. 469.
33. SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, p. 472.
34. JOHNSON, Eric (et alii). Beyond nudges: Tools of a choice architecture. In: Marketing Letters, Volume 23, n° 2, June 2012, p. 497.
35. Em sentido similar, MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 512, que defendem basicamente quatro passos para a aplicação de um *nudge* (definição do comportamento, análise da aplicabilidade de algum *nudge*, procura de algum gargalo comportamental e construção da hipótese de construção): "Step 1. Define behavioral problem and target behavior; Step 2. Analyze applicability of choice architecture framework; Step 3. Check for behavioral bottlenecks; and Step 4. Build hypotheses on promising choice architecture interventions".
36. "How choice architects are supposed to get feedback on the successes and failures of nudges they have offered. If there is some competence associated with offering nudges, then it should be possible to identify reliable methods for obtaining feedback" (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, p. 471).

contexto de escolha³⁷, aprendendo com as experiências já testadas e replicando aquelas que dão bons resultados³⁸.

O caráter liberal desse tipo de mecanismo impõe requisitos de transparência e publicidade quando se trata de intervenções no âmbito das relações com o estado. Defende-se que a arquitetura de escolhas deve ser transparente e sujeita ao escrutínio público, especialmente em se tratando de agentes públicos³⁹. A transparência deve permitir que eventuais *nudges* sejam visíveis ou verificáveis pelos sujeitos (muito embora não sejam eles necessariamente avisados, sob pena de a técnica perder seu efeito) e a publicidade impõe que a utilização dessas políticas seja devidamente informada ao público-alvo (se bem que não necessariamente no momento da decisão)⁴⁰.

Esse tipo de técnica de indução de comportamentos recebe críticas de várias ordens. A resposta mais simples a essas críticas normalmente reduz-se ao fato de que a arquitetura de escolha é inevitável, de modo que, sendo inescapável seu potencial de interferência mediante indução, melhor que essa interferência leve a um comportamento socialmente desejável. No entanto, algumas críticas pontuais podem ser elencadas. A primeira delas diz respeito à legitimidade de uma intervenção que potencialmente induz a comportamentos socialmente desejados em ambientes nos quais a heteronomia não deveria ter espaço⁴¹. No que tange a essa crítica, é comum opor o fato de que esse tipo de técnica mantém a liberdade para a decisão. Logo, não se trata de uma técnica de heteronomia ao se manter a autonomia individual da escolha. Mesmo nos casos em que a indução possa minar a racionalidade da escolha, ela se justifica porque se os indivíduos tivessem que tomar todas as decisões mediante prévia meditação em torno das opções (sem utilização de padrões predeterminados ou facilidades de acesso à informação), o

37. "Choice architects must grasp how people will perceive and respond to adjustments of their choice context. Without the ability to do so, there can be no basis for judging whether a nudge will succeed in altering people's behavior appropriately" (SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, pp. 469-470).

38. Um bom exemplo de pesquisa em torno da efetividade e da aprovação de nudges envolvendo políticas públicas é o trabalho recente de Sunstein (SUNSTEIN, Cass. Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow. New York: Palgrave Macmillan, 2017), no qual apresenta dados empíricos sobre a aceitação social de várias ferramentas testadas ao redor do mundo.

39. SUNSTEIN, Cass. The Ethics of Nudging. In: Yale Journal on Regulation, Vol. 32, 2015, p. 428.

40. MILLS, Chris. The Heteronomy of Choice Architecture. In: Review of Philosophy and Psychology, Volume 6, n° 3, September 2015, p. 502.

41. MILLS, Chris. The Heteronomy of Choice Architecture. In: Review of Philosophy and Psychology, Volume 6, n° 3, September 2015, p. 497.

custo social da tomada das decisões aumentaria e tiraria o foco das decisões realmente importantes⁴².

Outro espaço de debate está no papel dos agentes públicos envolvidos na arquitetura de escolhas. Se é verdade que os indivíduos agem de forma nem sempre racional (o que é o pressuposto para que sejam necessários *nudges*), também é verdade que os agentes públicos (por serem humanos) padecem dos mesmos problemas. Assim sendo, critica-se a arquitetura de escolhas por justamente confiar na racionalidade dos agentes públicos para consertar irracionalidades dos demais indivíduos. A essa crítica, Sunstein é bastante sensibilizado, e por essa razão advoga uma autocontenção do agente público nesse tipo de situação (sob pena de se causar mais equívocos), concentrando-se a aplicação das técnicas nos espaços de falhas de mercado⁴³. Para que esse tipo de técnica possa ser desenvolvido, algumas arestas devem ser aparadas pelos seus advogados. Em primeiro lugar, é preciso compreender os domínios dessa metodologia, de modo a definir se a arquitetura de escolhas é uma nova disciplina ou se exige o conhecimento específico do ramo do conhecimento “alvo” da técnica⁴⁴. Em segundo lugar, é fundamental que se criem mecanismos seguros de adaptação das técnicas para diferentes contextos, sob pena de se incorrer na falsa percepção de que há uma invariância no que tange à compreensão dos estímulos em diferentes espaços e momentos⁴⁵. Mesmo não se tratando de um mecanismo de aplicação incontroversa⁴⁶, os *nudges* podem exercer funções importantes para a vida e, também,

42. SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book, sem paginação.

43. SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014, e-book, sem paginação.

44. SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, p. 472.

45. SELINGER, Evan; WHYTE, Kyle Powys. Competence and Trust in Choice Architecture. In: Knowledge, Technology & Policy, Volume 23, n°s 3-4, Dec. 2010, p. 475.

46. Comungamos da crítica de Jeremy Waldron, para quem um “nudge-world” é bastante perigoso e tem a potencialidade de minar a própria dignidade humana: “They are supposed to be doing it for my own good. Still, my choosing is being made a mere means to my ends by somebody else – and I think this is what the concern about dignity is all about” (WALDRON, Jeremy. It’s All for Your Own Good. In: The New York Review of Books, 2014, disponível em <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>>, acesso em 12.03.2018). No entanto, a utilização de *nudges* no processo tem contornos distintos pois, nesse ambiente, os fins já estão preestabelecidos e a estrutura estratégica e de antagonismo das partes já estrutura, como tratado *infra*, um ambiente em que a tomada de decisão dos agentes parciais é sempre feita na tensão entre a tarefa jurisdicional de dar tutela ao direito e a tarefa parcial de fazer prevalecer a sua tese. Os *nudges*, nesse ambiente, funcionam como uma derivação

para o direito⁴⁷, desde que adequadamente pensados, sob pena de se converter o uso da economia comportamental em uma espécie de "Nudging Leviathan", que tudo pode para induzir comportamentos⁴⁸.

Tende-se a defender a utilização desse instrumento de indução comportamental sutil em situações nas quais as decisões a serem tomadas são difíceis e tendencialmente tomadas uma única vez (problema da ausência de parâmetro prévio de comparação), nas quais não é possível prover *feedback* instantâneo (problema da ausência de espaço posterior de ajuste) e nas situações em há dificuldade de compreensão das especificidades da decisão a ser tomada (problema da ausência de plena compreensão do contexto decisório)⁴⁹. A combinação dos elementos (a) *expertise* do *nudger* e (b) situação de dificuldade na escolha do agente, em contextos nos quais (c) as preferências individuais sejam pouco relevantes ou facilmente perceptíveis (comportamentos de diversos sujeitos são parecidos ou passíveis de antevisão), abre espaço para que esse tipo de mecanismo possa ser bastante efetivo na indução de comportamentos⁵⁰. As técnicas ligadas a um caráter mais ativo de assistência à tomada de decisão também são chamadas de *boosting* (a tradução poderia ser "impulsionamento"). O *boost* atua nas competências do tomador de decisão⁵¹, funcionando como um *nudge* de caráter assistencial. Esse

da tarefa cooperativa do estado para viabilizar uma decisão de mérito (e não como uma tentativa de fazer prevalecer um interesse distinto daquele das partes, muito embora possa-se pensar em partes que não querem a solução do mérito da causa).

47. "Nor can the state and the legal system avoid nudging. Any government, even one that is or purports to be firmly committed to *laissez-faire*, has to establish a set of prohibitions and permissions, including a set of default entitlements, establishing who has what before bargaining begins" (SUNSTEIN, Cass. Foreword: the ethics of nudging. In: ALEMANN, Alberto; SIBONY, Anne-Lise (ed.). *Nudge and the Law: A European Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. vii).
48. ALEMANN, Alberto; SPINA, Alessandro. *Nudging Legally – On the Checks and Balances of Behavioural Regulation*. In: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12, Issue 2, 2014, p. 15.
49. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 74.
50. "When choices are fraught, when Nudgers have expertise, and when differences in individual preferences are either not important or can be easily estimated, then the potential for helpful nudging is high" (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness* (2008). Updated Ed. New York: Penguin Books, 2009, p. 251).
51. "When people are at risk of making poor choices, one important response is to boost their competences. Boosting can be done in many ways, such as by ensuring transparent communication (e.g. that appeals to, rather than confounds, people's intuitions), by offering information and education (e.g. brief, comprehensible statements of fact), by instilling or fostering specific cognitive or behavioural competencies (such as financial

tipo de atuação tem maior utilidade para casos em que há heterogeneidade dos alvos da política pública⁵².

Utilizando a tipologia proposta por Münscher, Vetter e Scheuerle, pode-se classificar as diferentes técnicas de intervenção (os diferentes “cutucões”) passíveis de utilização por arquitetos de escolha em três grandes âmbitos de aplicação: (1) informações disponíveis para a decisão (*decision information*); (2) estrutura da decisão (*decision structure*); e (3) assistência para a decisão (*decision assistance*)⁵³. No primeiro, (1) a técnica funciona mediante a apresentação de informações relevantes para a decisão, sem alterar as opções possíveis. No segundo, (2) altera-se o arranjo de opções e o formato da tomada de decisão. No terceiro (3), utilizam-se técnicas que auxiliam a tomada de decisão⁵⁴.

As técnicas do primeiro grupo (*decision information*) podem ser agrupadas em três subgrupos: (1.1) *tradução de informações*; (1.2) *iluminação de informações*; e (1.3) *referenciamento social*. Pela *tradução de informações* (1.1), arquitetos de escolha podem traduzir informações relevantes para a tomada de decisão modificando o seu formato ou a sua apresentação sem mudar seu conteúdo. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.1.1) do *reenquadramento* (modificação da forma de apresentação, utilizando equivalentes formais, lógicos ou matemáticos) ou (1.1.2) da *simplificação* (reduzindo o esforço cognitivo necessário para processar a informação ou aumentando a sua utilidade na tomada de decisão)⁵⁵. Pela *iluminação de informações* (1.2), arquitetos de escolha tornam visíveis ou disponíveis informações que do contrário não estariam. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.2.1) da *disponibilização de “feedback”* (tornando visível o comportamento pretérito ou atual do próprio agente) ou (1.2.2) da *iluminação de informações externas* (disponibilizando informações

and accounting rules of thumb, simple food choice rules, risk literacy skills and strategic use of goal attainment strategies) or by helping people to overcome their anxieties and motivational problems” (HERTWIG, Ralph. When to consider boosting: some rules for policy-makers. In: Behavioural Public Policy, Vol. 1, nº 2, 2017, p. 157).

52. HERTWIG, Ralph. When to consider boosting: some rules for policy-makers. In: Behavioural Public Policy, Vol. 1, nº 2, 2017, p. 151.

53. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 514.

54. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, p. 514.

55. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: Journal of Behavioral Decision Making, Vol. 29, 2016, pp. 514-515.

importantes para a tomada de decisão)⁵⁶. Pelo *referenciamento social* (1.3), arquitetos de escolha utilizam referências relativas ao comportamento dos demais concidadãos para influenciar o comportamento do tomador de decisão. Isso pode ser feito por meio da técnica (1.3.1) da *descrição de padrões sociais* (indicando como os demais normalmente se comportam em relação àquela determinada situação) ou (1.3.2) da *referência a posições influentes* (indicando como certos sujeitos com proeminência social se comportariam ou utilizando mensagens dessas pessoas)⁵⁷.

As técnicas do segundo grupo (*decision structure*) podem ser agrupadas em quatro subgrupos: (2.1) modelagem de respostas padrão; (2.2) mudança do grau de esforço para a decisão; (2.3) mudança do conjunto de opções; e (2.4) mudança das consequências da opção. Pela modelagem de respostas padrão (2.1), arquitetos de escolha podem influenciar comportamentos pela determinação da resposta padrão para determinadas situações. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.1.1) da escolha de padrão para caso de omissão (assumindo uma escolha tácita na ausência de resposta, eventualmente com base em padrões pretéritos de escolha) ou (2.1.2) da escolha obrigatória (forçando as pessoas a decidirem ativamente, sem prévia indicação)⁵⁸. Pela mudança do grau de esforço para a decisão (2.2), arquitetos de escolha podem alterar o grau de esforço necessário para uma determinada escolha. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.2.1) da alteração do esforço físico (criando, aumentando ou reduzindo barreiras físicas para determinados comportamentos) ou (2.2.2) da alteração do esforço financeiro percebido (mudando a percepção de gasto ou ganho financeiro pela alteração de condições atinentes ao desembolso ou recebimento)⁵⁹. Pela mudança do conjunto de opções (2.3), arquitetos de escolha podem alterar o conjunto de opções disponíveis, influenciando a atratividade de determinadas escolhas. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.3.1) da categorização/agrupamento das opções (alterando a percepção das opções em razão do grupo em que elas são categorizadas) ou (2.3.2) do incremento de

56. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 515.

57. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 516.

58. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 517.

59. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 517.

opções negativas ou similares (alterando a percepção das opções em razão da amplificação da escolha contrária ou da mesma escolha, com exteriorizações distintas)⁶⁰. Pela mudança das consequências da opção (2.4), arquitetos de escolha podem incluir microincentivos que, mesmo que insignificantes do ponto de vista racional, possam influenciar a decisão. Isso pode ser feito por meio da técnica (2.4.1) da conexão da escolha a um ganho ou custo insignificante (que em um cálculo baseado na racionalidade ilimitada não faria diferença) ou (2.4.2) da mudança das consequências sociais (criando ambientes de repercussão social positiva ou negativa para determinadas escolhas)⁶¹.

As técnicas do terceiro grupo (*decision assistance*) podem ser agrupadas em dois subgrupos: (3.1) *fornecimento de lembretes*; e (3.2) *facilitação do comprometimento*. Pelo *fornecimento de lembretes* (3.1), arquitetos de escolha influenciam comportamentos aumentando a saliência de determinadas opções desejadas⁶². Pela *facilitação do comprometimento* (3.2), arquitetos de escolha induzem comportamentos, aumentando o grau de comprometimento do indivíduo com determinada conduta (normalmente prolongada no tempo) induzindo a um maior autocontrole. Isso pode ser feito por meio da técnica (3.2.1) da *facilitação do comprometimento pessoal* (criando apostas ou desafios em torno da manutenção do comportamento) ou (3.2.2) da *facilitação do comprometimento público* (adicionando controle externo – social ou individual – ao comprometimento pessoal)⁶³.

60. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 518.

61. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 518.

62. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 519.

63. MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. In: *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 29, 2016, p. 519.

APLICAÇÃO DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS NO AMBIENTE PROCESSUAL: NUDGES PROCESSUAIS

“Law is a behavioral system. It seeks to shape human behavior to regulate, to incentivize, to nudge people to behave in some ways and not to behave in others.”¹
(Thomas Ulen, 2014)

Inevitavelmente, o processo civil é formatado por meio de incentivos que buscam direcionar comportamentos, mediante as tipologias tradicionais ligadas à lógica deôntica. Tradicionalmente, compreende-se o direito processual como o terreno dos ônus e dos deveres, que gravam a todos os que participam do fenômeno. Há, entretanto, um espaço bastante fértil para que, compreendendo a Justiça Civil como um grande ambiente de escolhas, possa se prover o processo de uma arquitetura institucional aderente à proposta da *choice architecture*. Em síntese, é possível – e inclusive recomendável – que se utilize a arquitetura institucional-processual como um bom espaço para a arquitetura de escolhas, incorporando-se as suas técnicas na conformação dos contextos de ação pelo legislador, pelo juiz e pelas partes na tarefa de customizar o processo às especificidades da causa.

3.1. A justiça civil como terreno fértil para a formulação de *Nudges*

A utilização da técnica do *Nudge* poderia ter bastante utilidade para a justiça civil em algumas situações pontuais². As premissas para sua utilização estão todas presentes: o legislador processual, em abstrato, e o juiz e as partes, em concreto, têm a incumbência de conformar a atividade dos sujeitos processuais por meio de

1. ULEN, Thomas. The importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 93.

2. Em perspectiva ampla, entendida a justiça civil como conjunto que engloba além das normas processuais em sentido estrito, também a organização judiciária, as normas deontológicas dos profissionais atuantes no processo e as organizações correlatas envolvidas na atividade judicial. Sobre o termo, ver TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. *A Justiça Civil – da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Nota prévia. Obra no prelo gentilmente cedida pelo autor.