

ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL DO DIREITO *VERSUS* ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO: A NECESSIDADE DO PENSAMENTO JURÍDICO SOB UMA TEORIA GERAL DO COMPORTAMENTO

Paulo Sergio Ferreira Filho¹

Resumo

A adoção da Análise Comportamental do Direito (ACD) em complemento à Análise Econômico-Comportamental do Direito (AED Comportamental) trará uma vantagem para o pensamento do sistema jurídico, dotando-o de uma robusta teoria geral sobre o comportamento humano (behaviorismo). A AED Comportamental tem o mérito de identificar que nem sempre o modelo clássico da Análise Econômica do Direito (AED), que se baseia na teoria das escolhas racionais, se mostra condizente com dados empiricamente coletados. Todavia, a ausência de uma teoria geral do comportamento e a adoção de premissas teóricas (oriundas da psicologia cognitivista) que retiram o foco das causas em que o Direito realmente poderá atuar (ambiente e contingências) podem enfraquecer o potencial de contribuição para o Direito que os experimentos realizados na disciplina possuem, tornando-a alvo de críticas. Assim, a ACD, por ser compatível com os resultados dos inúmeros experimentos realizados no âmbito da AED Comportamental, pode agregar valor a esta, aperfeiçoando as contribuições para que o Direito regule melhor a vida em sociedade, bem como para o aperfeiçoamento das políticas públicas.

Palavras-chave: Análise Comportamental do Direito; Behaviorismo; Análise Econômico-Comportamental do Direito; Análise Econômica do Direito; psicologia cognitivista.

¹ Procurador da República. Foi advogado da União de 2009 a 2013. Aprovado no XIV concurso para juiz federal substituto na 2ª região. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União. Mestre em

INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) é uma disciplina que busca analisar os problemas jurídicos sob a lógica da ciência econômica, zelando para que as normas e a aplicação destas atinjam o maior grau de eficiência possível em prol da sociedade. A AED busca, por meio de uma abordagem microeconômica, a resposta a uma questão positiva, relativa ao impacto das leis nos comportamentos dos indivíduos e seus reflexos para a prosperidade social, e a uma questão normativa, relacionada às vantagens das normas em termos de eficiência e aprimoramento da sociedade (GAROUPA; GINSBURG, 2012).

A microeconomia parte do pressuposto de que o homem é um ser racional, que realiza as suas escolhas pautadas em análises de custo-benefício² de seus atos, atuando de modo a maximizar os proveitos por ele obtidos (COOTER; ULEN, 2010). Contudo, a teoria das escolhas racionais, base da AED, deixou de ser encarada como um dogma absoluto, tendo ganhado proeminência outras teorias acerca da tomada de decisões pelos seres humanos, como a teoria do prospecto (KAHNEMAN, 2012).

Assim, influenciada pelas novas teorias que afastavam o dogma do ser humano estritamente racional, principalmente com base nos experimentos guiados pela psicologia cognitiva (KOROBKIN, 2011), todo um ramo da economia passou a lidar com os problemas enfrentados no dia a dia sob a perspectiva de que, nem sempre, as escolhas são realizadas com base em uma lógica perfeita.

Em um primeiro momento, surge a economia comportamental, que busca dar essa nova perspectiva à ciência econômica (KAHNEMAN, 2012). Com o ganho de maior aceitação da nova abordagem, a AED, como era baseada nos preceitos microeconômicos clássicos, logo passou a sofrer as mesmas críticas, surgindo-se a Análise Econômico-Comportamental do Direito (AED Comportamental), em inglês *Behavioral Law and Economics* (ENGEL, 2013; HAYDEN; ELLIS, 2007).

A busca de se superar o modelo do homem racional, que não refletia a realidade trazida em experimentos, a fim de se aperfeiçoar o sistema legal para lidar com a maneira mais fidedigna com que os jurisdicionados realizam as suas escolhas, passou a ser a principal bandeira da AED Comportamental, buscando-se, ao fim, repensar as políticas públicas vigentes e em fase de planejamento (SUSTEIN, 1999).

Porém, por partir de evidências colhidas de uma série de experimentos pontuais, que apontam heurísticas e vieses cognitivos que influenciam as decisões humanas, sem que tenha sido traçada uma teoria geral sobre o comportamento humano e, conseqüentemente, de como o Direito deve se posicionar perante os

comportamentos esperados, muitas críticas são dirigidas à AED Comportamental, acusando-a de casuística e de possuir pouca validade para construir um dogma de como o Direito deve ser (POSNER, 1998; RACHLINSKI, 2011).

Buscar-se-á, assim, no presente artigo, analisar as bases da AED Comportamental, seus erros, acertos e consequências para o pensamento jurídico, buscando contribuir para a formação de uma teoria jurídica adequada para a regulação dos comportamentos desejados pela sociedade.

Para tanto, na seção 1 do presente artigo, irá ser realizada um esboço da Análise Econômico-Comportamental do Direito, apresentado suas premissas teóricas, as principais divergências com a Análise Econômica do Direito e quais as contribuições podem trazer para uma melhor aplicação do sistema jurídico na regulação da vida em sociedade e na formulação de políticas públicas; bem como as principais críticas realizadas a esta visão.

Na seção 2, introduzir-se-á os conceitos de uma Análise Comportamental do Direito (ACD), demonstrando como a utilização de uma teoria geral do comportamento robusta (behaviorismo) pode ajudar no aperfeiçoamento entre os comportamentos dos indivíduos, o sistema jurídico e os objetivos de desenvolvimento e pacificação da sociedade, apresentando-se, ainda, a ótica da rede de comportamentos entrelaçados responsável pela aplicação das contingências previstas nas regras jurídicas.

Na seção 3, serão apontadas as principais divergências entre a ACD e a AED Comportamental, enumerando-se eventuais desvantagens da premissa teórica desta (psicologia cognitivista) e as vantagens de se adotar um modelo behaviorista na análise jurídica.

Ao fim, conclui-se que a utilização da ACD combinada com as conclusões e fatos baseados nos experimentos realizados pela AED Comportamental pode auxiliar no aperfeiçoamento do sistema jurídico, adotando-se arcabouço teórico (munido de uma teoria geral do comportamento) que se preocupa com os impactos das normas sobre os comportamentos das pessoas, com a necessidade da análise empírica do Direito e com a eficiência do sistema jurídico.

A ANÁLISE ECONÔMICO- COMPORTAMENTAL DO DIREITO

A principal questão enfrentada pela AED Comportamental é a objeção realizada por seus teóricos à noção de estrita racionalidade dos seres humanos, que é justamente a base da AED clássica. A AED clássica, entendendo que as pessoas buscam, racionalmente, maximizar seus benefícios marginais líquidos, estrutura uma

² A ideia por trás da análise de custo-benefício é muito simples: é uma técnica para mensurar se os benefícios de uma ação são maiores que os custos (HANLEY; BARBIER, 2009).

teoria da justiça e do Direito que tenta explicar como a norma jurídica deve regular os atos em sociedade.

Posner (2010), diante da lógica de maximização de benefícios que guiaria o comportamento dos seres humanos, afirma que o papel do Direito seria justamente garantir a maximização da riqueza das pessoas que vivem em sociedade, devendo estabelecer regras que propiciem tal objetivo, restringindo-se a ideia de maximização de utilidade, o que, segundo o autor, evitaria muitos problemas enfrentados pelo utilitarismo clássico. Por outro lado, os adeptos da clássica concepção da economia do bem-estar não são tão restritivos quanto Posner, não se limitando à ideia de maximização de riqueza, mas sim de utilidade, conceito sem dúvida mais abrangente (COOTER; ULEN, 2010).

Embora muitas críticas possam ser feitas à noção de maximização de riqueza ou de utilidade como um valor de justiça, a AED clássica inseriu um importante instrumental teórico para regular a eficiência e o impacto das normas sobre o comportamento das pessoas. Contudo, a premissa da racionalidade estrita se tornou indissociável da aplicação de tal instrumental microeconômico.³

A AED Comportamental, como se mostrará a seguir, passa a questionar as bases teóricas da AED Clássica, o que também afetará o entendimento de como o Direito deve regular o comportamento das pessoas, criando um intenso debate sobre o tema.

O enfrentamento do modelo das escolhas racionais

Kahneman (2012), em parceria com o também psicólogo Tversky, conduziu diversos experimentos científicos a fim de delinear como o processo de tomada de decisões pelas pessoas acontecia. A partir dos resultados encontrados, este contestou firmemente os dogmas que regiam a ciência econômica, pois a lógica das escolhas racionais se mostrou extremamente fragilizada pelos resultados encontrados.

Os estudiosos montaram um modelo em que funções cognitivas distintas da mente humana são responsáveis por diferentes papéis na tomada de decisões. Nomearam estas como Sistema 1 e Sistema 2, a fim de facilitar a compreensão do tema. O Sistema 1 seria responsável pelos atos de intuição, o qual operaria de forma automática e rápida, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção do indivíduo. Já o Sistema 2 seria o responsável pelas atividades mentais laboriosas, que demandam escolha e concentração (KAHNEMAN, 2012).

A interação entre ambos os sistemas resulta na forma com que as pessoas tomam suas decisões, sendo

³ Perceba-se, por outro lado, que até mesmo Rawls (2000), um dos mais ferrenhos críticos do utilitarismo (que não se confunde com a AED, mas que sofre críticas semelhantes), utiliza a noção de racionalidade do ser humano na construção das normas fundamentais da vida em sociedade na construção hipotética de sua posição original. Pode-se perceber, assim, que a discussão aqui tratada afeta não só a AED, mas uma gama de teorias da justiça.

que muitas delas são tomadas sob o comando ou grande influência do primeiro, atuando o segundo sistema somente nos casos em que é demandado, porém muitas vezes influenciado pelas impressões intuitivas resultantes do Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012).

O Sistema 1 estaria sempre ativo, em funcionamento automático, gerando contínuas sugestões para o Sistema 2 através de impressões, intuições, intenções e sentimentos. Já o Sistema 2, em regra, estaria em estado de pouco esforço (conforto cognitivo), funcionando apenas com fração de sua capacidade. Quando as sugestões do Sistema 1 fossem endossadas pelo segundo, as ações humanas seriam praticadas. Porém, o Sistema 2 também possuiria a possibilidade de influenciar, em alguma monta, o Sistema 1. (KAHNEMAN, 2012)

Ao se focar em uma tarefa específica que depende de certo esforço cognitivo, o Sistema 2 passaria a dominar as ações, diminuindo a participação do sistema ligado às intuições. Contudo, tal tipo de ação ocasionaria um extremo esforço cognitivo, tendo extensão limitada, logo sendo retomada a primazia do Sistema 1 sobre as ações humanas, voltando-se a um estado de conforto cognitivo. Assim, tais sistemas seriam fruto da evolução da espécie, pois as ações humanas puderam ser tomadas de forma rápida e intuitiva em relação às necessidades do ambiente, sendo necessária a utilização do Sistema 2 somente em casos específicos, economizando-se esforço cognitivo e possibilitando uma dinâmica maior na conduta humana. (KAHNEMAN, 2012; ARIELY, 2010).

E é a atuação de destaque do sistema ligado às intuições que acaba gerando inconsistências na teoria da escolha racional. O governo de atos pelo Sistema 1 implicaria na ocorrência de ilusões cognitivas, ocasionando heurísticas e vieses. Heurística pode ser definida como “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis” (KAHNEMAN, 2012, p. 127). É uma espécie de atalho mental, que não torna necessário o percurso de um caminho mais trabalhoso para que um julgamento seja realizado. Quando, em razão de heurísticas, surge uma certa tendência de comportamento humano perante os julgamentos, pode-se falar em vieses. (KAHNEMAN, 2012).

Os experimentos realizados por vários psicólogos apontaram a existência de inúmeros vieses cognitivos, podendo-se citar a ancoragem, o viés da disponibilidade, um viés confirmatório (*confirmatory bias*), de justiça (*fairness bias*), um viés retrospectivo (*hindsight bias*), dentre outros (RABIN, 1998; ARIELY, 2008, 2010). Tais vieses seriam responsáveis por inúmeros julgamentos que contrariam a lógica do homem racional.

Por exemplo, demonstrou-se que grande parte das pessoas possuem grande aversão ao risco, assim como à perda. Em situações de probabilidade quase idênticas, a aversão ao risco se sobressai naquelas situações onde ganhos potenciais estão em cheque. Contudo, ao se tratar de uma probabilidade de perda, as pessoas mostram a tendência de buscar o risco, pois a aversão à perda é predominante. A diferença de tratamento dentre perdas e ganhos marginais é um dos fatores que demonstraram a incoerência da economia clássica quanto ao processo de escolhas pelos seres humanos (KAHNEMAN, 2012).

De igual forma, o modelo do homem racional (chamado de Econs por partidários da economia comportamental, enquanto as pessoas reais seriam os Humanos) prega que as preferências das pessoas são estáveis. Contudo, os experimentos conduzidos demonstraram que, alterando-se o contexto das escolhas (utilizando-se, por exemplo, um enquadramento amplo ou estreito do problema), preferências podem ser revertidas (KAHNEMAN, 2012; ARIELY, 2008).

Outro ponto bem demonstrado foi que uma mesma questão, porém apresentada em um enquadramento distinto, pode gerar respostas completamente diferentes, o que também contraria a teoria das escolhas racionais. Dessa forma, a mudança da opção *default* (por exemplo, a necessidade de optar expressamente em ser doador de órgãos ou optar expressamente por não o ser) pode gerar uma variação surpreendentemente relevante⁴. Tal fato foi imputado a heurísticas e vieses, como, exemplificando, o viés de aversão à perda e o viés de rejeição de mudanças (*status quo bias*) (KAHNEMAN, 2012).

Uma importante contribuição de Kahneman e Tversky (KAHNEMAN, 2012) para a economia foi a elaboração da teoria do prospecto, na qual superou-se o modelo clássico de utilidade, para imputar um papel relevante ao ponto de referência pessoal de determinado fato para a elaboração das decisões. Assim, duas pessoas que possuem R\$ 100.000,00 reais deveriam ter a mesma percepção sobre a possibilidade de ganhar R\$ 1.000,00 adicionais, de acordo com o modelo clássico, para o qual a utilidade de riqueza é tudo o que importa. Contudo, demonstrou-se que, a depender do termo de referência (imagine-se que uma das pessoas momentos antes da escolha não possuía quantia alguma, e a outra possuía dez vezes mais dinheiro), a percepção sobre a utilidade de determinado ganho seria completamente alterada (KAHNEMAN, 2012).⁵

Apontadas as premissas teóricas acima, deve-se passar a analisar de que forma a mudança do paradigma sobre a tomada de decisões pelas pessoas altera a relação entre Direito e Economia, fazendo com que surja uma nova corrente, a AED Comportamental.

A racionalidade limitada e suas aplicações para o Direito

Apresentada uma nova concepção que diverge da economia clássica pautada em um modelo de escolhas puramente racionais, que possuía maior sentido somente no plano teórico em que os Econs eram os tomadores

⁴ Kahneman (2012, p. 466) aponta discrepâncias enormes em países de culturas semelhantes, onde a única diferença era o *default*, como, por exemplo, o índice de doação de órgãos na Alemanha e na Áustria. Na Alemanha, onde era preciso marcar que se deseja ser um doador de órgãos, o índice de doadores foi de 12%, enquanto na Áustria, onde a vontade de não ser doador que deveria ser declarada, o índice ficou perto de 100%. O mesmo ocorreu na Suécia (86%) e Dinamarca (4%).

⁵ A Teoria do Prospecto é influenciada por três características cognitivas marcantes: a avaliação de perdas e ganhos se dá em relação a um ponto de referência neutro; há uma sensibilidade decrescente quanto à utilidade dos atos; há uma forte aversão à perda (KAHNEMAN, 2012).

de decisão, passou-se a trabalhar com a ideia de que as pessoas possuem racionalidade limitada (*bounded rationality*), força de vontade limitada (*bounded willpower*) e interesse pessoal limitado (*bounded self interest*) (JOLLS; SUNSTEIN, 2006).

E uma mudança de paradigma de como as pessoas enfrentam seus dilemas diários certamente deve interferir na forma de regulação das atividades sociais pelo Direito (ENGEL, 2013). A AED clássica, ao partir de uma premissa supostamente errada, pode sugerir a tomada de decisões ou edição de normas que não estarão aptas a obter os resultados desejados pelos operadores do Direito e pelos formuladores de políticas públicas.

É nesse contexto que surge um movimento para a construção da Análise Econômico-Comportamental do Direito, o qual pretende aplicar os resultados dos experimentos da economia comportamental para influenciar a análise e elaboração de normas jurídicas, aperfeiçoando-se a relação entre reguladores e regulados, propiciando uma maior eficiência na persecução dos valores eleitos pela sociedade como relevantes.⁶

Como acima explicado, heurísticas e vieses implicariam, muitas vezes, em julgamentos equivocados pelas pessoas. Quando estes erros são cometidos em questões decisivas para a vida dessas, as consequências individuais e sociais podem ser terríveis (ARIELY, 2008). Nesse sentido, caberia ao legislador formular as leis e políticas públicas de forma a considerar a existência de tais características, dando um enquadramento adequado às normas para mitigar a influência da racionalidade limitada na tomada de decisões caras à sociedade.

Contudo, a escola formuladora da AED Comportamental entende que não se deve suprimir a liberdade de escolha das pessoas, substituindo-a pela do Estado, simplesmente por supor que elas não são capazes de realizar bons julgamentos. Essa corrente, chamada de paternalismo libertário (KAHNEMAN, 2012), prega que cabe ao Estado induzir as escolhas mais lógicas pelas pessoas, por meio de pequenos incentivos (*nudges*), que podem mudar completamente o quadro de tomada de decisões (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998).

Jolls e Sunstein (2006) sustentam, assim, que o Direito deve ser um condutor de um processo de desviesamento, no qual, nas questões mais importantes sob o ponto de vista da sociedade, os operadores do direito e formuladores de políticas públicas devem considerar os vieses existentes, atuando de forma que estes sejam enfrentados pela legislação, dando maior possibilidade para as pessoas realizarem as escolhas que gerarão maior bem-estar individual e social.

Por exemplo, um viés otimista compartilhado por muitas pessoas pode fazer com que elas ignorem ou relativizem um risco real às suas pretensões, fazendo com que sejam relapsas com importantes setores de suas vidas pessoais, incorrendo num risco excessivo desnecessário (JOLLS; SUNSTEIN, 2006). Para mitigar tal efeito, pode-se se valer de outro viés para compensar o excesso de otimismo. Por exemplo, demonstrou-se que exemplos

⁶ Para um exemplo de aplicação da AED Comportamental na área criminal, vide Harel e Segal (1999).

causais geram muito maior impacto em decisões do que a apresentação de estatísticas. Assim, se um governo quer que as pessoas sejam mais precavidas em relação a determinado risco, será muito mais eficaz uma campanha publicitária que conte histórias reais de infortúnios do que uma que apenas enumera os riscos existentes de forma estatisticamente fria (JOLLS; SUNSTEIN, 2006).

Outro viés impactante, por exemplo, é o de miopia (*myopia bias*), no qual as pessoas se comportam mais como executoras, e não planejadoras, enfatizando de maneira exagerada os efeitos de curto prazo de suas decisões em detrimento dos de longo prazo (SUNSTEIN, 1999; ARIELY, 2010). Em uma questão cara como a previdência social, a consciência da existência de tal viés é fundamental para a regulação adequada da política pública, pois um enquadramento adequado da questão pode gerar uma adesão muito maior a um programa de poupança para a aposentadoria.

Dessa maneira, por exemplo, a adesão de um programa de previdência complementar pode ter resultados muito mais significativos com a mudança do *default*. Sabedor da existência do viés da miopia, bem como do denominado viés do *status quo*, pelo qual as pessoas, diante de sua aversão à perda, possuem a tendência de preferir manter a situação atual do que optar por mudanças relevantes (RABIN, 1998), um *default* no qual o cidadão precisa optar por um regime de previdência complementar expressamente provavelmente gerará um efeito aquém do esperado. Contudo, caso a adesão seja automática, sendo necessária a manifestação expressa somente para rejeitar a inclusão no plano de previdência, as adesões tendem a ser muito maiores, mantendo-se a liberdade de escolha defendida pelo paternalismo libertário.

Essa, portanto, é a maior defesa e maior contribuição da AED Comportamental, a superação de um modelo puramente racional de tomada de decisões, com a preocupação de diagnosticar de que maneira as decisões são tomadas pelas pessoas, adaptando-se o ordenamento jurídico para que possa impulsionar de forma concreta a tomada de decisões individuais que gerem o maior benefício líquido para a sociedade.

Principais Críticas à AED Comportamental

Embora tenha dado uma contribuição inegável para a mudança da relação entre Direito, Economia e o processo de regulação dos comportamentos desejados, a AED Comportamental também foi alvo de inúmeras críticas. A principal crítica é, talvez, a ausência de uma teoria geral que possa prever um determinado comportamento, recorrendo-se sempre a resultados de experimentos casuísticos para o levantamento de vieses, sem haver uma sistematização do porquê da ocorrência destes (POSNER, 1998).

Posner (1998) admite as contribuições que os experimentos trazidos pela AED Comportamental trazem para a reflexão sobre o processo de tomada de decisões e formulação do ordenamento jurídico. Contudo,

ele entende que tais conclusões são perfeitamente adaptáveis ao modelo de escolhas racionais utilizado pela AED. As falhas apontadas na teoria da escolha racional sofrem contra-argumentação, justificando os comportamentos tidos como irracionais com alterações das curvas de utilidades dos indivíduos, flexibilização na teoria das preferências, utilização da teoria da sinalização, a percepção distinta *ex ante* e *ex post facto* de um mesmo indivíduo, dentre outras (POSNER, 2011).

Ademais, Posner (2011) critica o fato de se propor que especialistas moldem as leis (o que ele alerta ser um viés autoritário da aplicação normativa da Economia Comportamental) para corrigir heurísticas e vieses, sendo que os próprios especialistas também sofreriam as influências dessas características cognitivas. Wright (2007) também afirma que os dados empíricos trazidos pela AED Comportamental de fato não alteram substancialmente modelos econômicos clássicos, criticando o risco de medidas paternalistas excessivas. Porém, como defende Kahneman (2012), a busca por adaptar os resultados que demonstram a inconsistência do modelo a este reflete apenas uma cegueira ocasionada por uma teoria duradoura e consagrada, não se reconhecendo uma consistente falha nesta.⁷

Contudo, talvez a crítica mais pertinente de Posner (1998, 2011) seja realmente a ausência de uma teoria geral do comportamento por parte da AED Comportamental, o que a tornaria inútil em prever um comportamento específico de um indivíduo, servindo apenas como uma teoria que serve de contraponto à AED clássica. Porém, não há vantagem alguma de se manter um modelo geral com perfeita previsibilidade, como é o caso da teoria das escolhas racionais, quando este simplesmente não refletir a realidade. Uma premissa irreal pode induzir a conclusões equivocadas, afastando-se o Direito dos resultados por ele buscado, gerando uma diminuição do bem-estar social.

Hayden e Ellis (2007) afirmam que os economistas comportamentais têm focado excessivamente nos eventos particulares, extraídos de experimentos diversos, sem ter conseguido contribuir para a formulação de uma teoria que englobe as heurísticas e vieses detectados de forma conjunta, integrando-os num modelo econômico *standard*. Tal falha impediria a AED Comportamental de capturar de forma mais intensiva a atenção e esforços da comunidade jurídica. Já Mitchell (2002) adverte que seria um erro presumir que toda escolha seria afetada por vieses que conduzem à irracionalidade, devendo-se encontrar um meio termo entre o modelo racional e tal assunção, possibilitando que o sistema legal incentive comportamentos racionais ou desestime os irracionais.

Por outro lado, alguns defensores da AED Comportamental afirmam que esta, já tendo demonstrado a falência do modelo anterior, deve dar um passo adiante na consolidação de uma teoria que seja útil ao aperfeiçoamento do Direito (KOROBKIN, 2011; CAMERER; LOEWENSTEIN, 2004). Rachlinski (2011)

⁷ Curioso que o próprio Posner (2011), ao criticar a AED Comportamental, diz que flexibilizar uma teoria para justificar eventuais críticas é algo que depõe contra a teoria inicialmente formulada, pois uma elasticidade excessiva tornaria a hipótese não falseável.

defende que a AED Comportamental está muito mais fundada na psicologia do que na economia, sendo necessário voltar-se de forma mais contundente para essa característica, embora entenda que não seja um caminho fácil, pois a cultura de uma análise econômica está muito mais ligada ao mundo jurídico do que análises psicológicas.

De igual forma, entende-se neste trabalho que a ausência de uma teoria geral consistente limita o campo de atuação e a propagação da AED Comportamental. Contudo, as contribuições advindas da abordagem *bottom up* da disciplina não podem ser ignoradas. As inconsistências da AED clássica demonstradas e as características comuns (chamadas de vieses pelos teóricos da AED Comportamental) das pessoas ao tomarem decisões devem sim ser consideradas pelos operadores do Direito e formuladores de políticas públicas em suas decisões.

Porém, como se passará a demonstrar, é possível avançar também do ponto de vista teórico, introduzindo uma teoria jurídica mais geral e robusta, que possa englobar inclusive as constatações dos experimentos realizados no âmbito da AED Comportamental, sem afetar a validade destes. Entretanto, algumas premissas que não ajudam na compreensão do comportamento humano ou na atuação jurídica na regulação deste podem ser alteradas, sem que isso diminua a importante contribuição dada pela AED Comportamental. Sugere-se, assim, uma Análise Comportamental do Direito, pautada em conceitos psicológicos, mais especificamente no behaviorismo, como se melhor explicitará na próxima seção.

A ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO

Apesar da validade das conclusões da análise econômica, extraídas da teoria da escolha racional e conceitos microeconômicos, estas nem sempre se mostram viáveis na realidade, pois o ser humano é influenciado de diversas maneiras, nem sempre adotando o comportamento esperado por uma análise puramente econômico-racional. Por outro lado, a explicação realizada pela AED Comportamental, que busca alguns parâmetros na psicologia cognitivista e tira diversas conclusões de experimentos controlados randomizados, ao tratar do comportamento do indivíduo, apesar de sua inegável contribuição para desmitificar o mito do ser humano absolutamente racional e introduzir a importância de uma análise experimental do comportamento, mostra-se pouco verossímil no plano prático, bem como possui as falhas apontadas acima e abaixo.

Faz-se, desse modo, necessária a realização de uma análise baseada em uma filosofia científica acerca do comportamento humano cujos fundamentos gerais se coadunem melhor com a natureza humana, a fim de dar o devido substrato teórico e verificar a validade das conclusões da AED naquilo que suas conclusões dependem do efetivo comportamento das pessoas. Este trabalho buscará a base para a análise do comportamento humano no paradigma teórico do behaviorismo.

Noções básicas para compreender uma análise behaviorista

O behaviorismo radical não é uma ciência sobre um comportamento humano propriamente dita, mas se propõe ser uma filosofia regente de ciências que se debruçam acerca do comportamento humano, exigindo um tratamento científico para a análise do comportamento das pessoas, deixando-se de lado explicações meramente subjetivistas, que não podem ser aferidas ou falseadas dentro de uma lógica científica (SKINNER, 2002; BAUM, 2005).

Para tanto, este busca se inspirar nos métodos científicos que foram desenvolvidos, em sua maior parte, nas ciências naturais, buscando conformá-los para uma análise das ciências sociais, tentando-se, por intermédio de experimentos controlados metodologicamente, observar características comuns do comportamento em geral, traçando, a partir dos casos concretos, um pensamento aplicável à generalidade das espécies, para, posteriormente, aplicar, no que for cabível, as constatações à espécie humana.

E, para se chegar a uma teoria mais geral acerca do comportamento humano, foi preciso, no começo do desenvolvimento do behaviorismo, se socorrer a uma série de experimentos, a fim de, a partir de casos concretos, extrair variáveis mais generalizadas do comportamento. Nesse ponto, os experimentos controlados possuíam grande validade para o desenvolvimento do behaviorismo radical, pois pode-se testar, por meio de controle em laboratório, as variáveis independentes que afetam o comportamento, o que dificilmente poderia ser verificado empiricamente em um ambiente natural, pois muitas variáveis atuam concomitantemente sobre o comportamento dos indivíduos.

Dessa forma, ao se delimitar o objeto do estudo e interferir diretamente em determinada variável no experimento, pode-se aferir qual foi o real efeito da inserção, modificação ou retirada da variável no comportamento do indivíduo estudado. A partir de uma combinação de experimentos, foi possível reunir informações sobre diversos tipos de interações entre o ambiente, a história do indivíduo e o comportamento deste diante de elementos externos a ele apresentados, balizando, assim, a teoria que deu suporte ao behaviorismo, a qual passará a ser melhor explicitada abaixo.

Um último ponto que se deve ressaltar antes da análise mais concreta da teoria é que a filosofia behaviorista possui muitas conexões com a Teoria da Seleção Natural de Darwin, transportando desta a noção de que o ambiente impõe um contexto de seleção entre os comportamentos, sobrevivendo os comportamentos que, ao fim, melhor se adaptem ao ambiente controlador, o que está intrinsecamente relacionado com a própria sobrevivência da espécie.

Assim, o pensamento evolucionista é fundamental para se compreender as ideias defendidas pelo behaviorismo, importando-se alguns de seus conceitos para explicar a forma como os comportamentos

individuais, sociais e práticas culturais surgem, se modificam e, algumas vezes, se extinguem.

Dessa forma, a partir de tais conceitos gerais e de inúmeros experimentos controlados realizados ao longo de anos, Skinner (2002, 2003) delineou os fundamentos de sua filosofia behaviorista, buscando alterar a sistemática até então adotada pelas ciências sociais para analisar o comportamento humano.

As explicações mentalistas como impeditivos de uma ciência do comportamento

Uma das primeiras lições do behaviorismo radical é que não se deve buscar explicações meramente subjetivas, as quais são denominadas de “mentalismo”. Explicações que recorrem a sentimentos internos, como raiva, piedade, compaixão, dentre outras, não são passíveis de serem provadas por um meio científico, não possuindo, portanto, validade para a filosofia por ela capitaneada. Conforme explicitado por Baumn (2005, p. 36):

The term mentalism was adopted by B. F. Skinner to refer to a type of dualism- the separation of mental things and events from behavioral events. Mentalism leads to a type of “explanation” that really explains nothing. Suppose you ask a friend why he or she bought this pair of shoes, and the friend replies, ‘I just wanted them’ or ‘I did it on impulse’. Even though these statements sound like explanations, you are really no further ahead than before you asked. Such nonexplanations are examples of mentalism.

Skinner (1978) afirma que tais palavras (que são predominantes nos vocabulários de quase todas as línguas, pois sempre prevaleceram explicações mentalistas na sociedade) são, nada menos, do que símbolos linguísticos que descrevem uma série de características comuns a diversos comportamentos existentes na sociedade.

Uma explicação ou conceito mentalista, dessa forma, em nada explica as razões de determinado comportamento, mas apenas se utiliza de termos ou conceitos pertencentes ao senso comum que se confundem com o próprio comportamento analisado ou, em muitos casos, refletem apenas ideias que são impossíveis de serem falseadas e verificadas num sistema científico, guardando certa semelhança com explicações místicas, culturais ou religiosas que as civilizações usam ao longo da história para os fenômenos que um método racionalmente estruturado não conseguiu explicar naquela determinada etapa da evolução do conhecimento humano.

Para exemplificar o conceito acima, perceba-se que a raiva não é algo que existe internamente no indivíduo, que o domina e o faz agir de determinada forma. “Raiva” é apenas uma palavra utilizada para descrever uma série de comportamentos que possuem características peculiares, como o aumento do tom na fala durante uma discussão, violência física imposta a outrem, xingamentos dirigidos a uma pessoa, dentre outros.

Portanto, ao se afirmar que uma pessoa agrediu a outra porque estava com raiva, no fundo nenhuma explicação foi dada, pois somente se recorreu a esta explicação porque houve a constatação de um determinado

comportamento que é abrangido pelo uso social do vocábulo raiva, incorrendo em uma tautologia.

Para uma análise behaviorista, ao invés de se recorrer a explicações mentalistas (que, por serem usualmente aceitas, afastam o aprofundamento das reais causas do comportamento investigado), deve-se buscar traçar quais foram as variáveis que ocasionaram a forma de determinado agir. Assim, um primeiro passo para uma abordagem científica do comportamento é se desprender das usuais práticas mentalistas, buscando-se, por meio de metodologia apurada, quais são os fatores que regem determinada atividade humana.

Comportamentos privados e públicos

O preceito de se abandonar as usuais explicações mentalistas, contudo, não exclui da análise behaviorista a importância de comportamentos privados (como o pensamento, por exemplo), os quais não se confundem com aquelas. Primeiramente, é preciso definir o que são comportamentos públicos e o que são comportamentos privados.

O comportamento privado é aquele que não pode ser observado por ninguém, mas apenas pelo indivíduo que o emitiu. Dessa forma, para o terceiro, é como se aquele comportamento não tivesse se tornado presente, apesar de ele ser real e até mesmo aferível (BAUM, 2005). Um exemplo clássico de comportamento privado é o pensamento. O indivíduo que pensa ou fala mentalmente consigo mesmo tem plena ciência do ato que está realizando, contudo, as demais pessoas ao seu redor não são capazes de percebê-lo.

Tal tipo de evento se diferencia de meros conceitos mentalistas, como livre arbítrio, raiva, amor, dentre tantos outros. Os comportamentos privados não são impossíveis de sofrer aferição, mas apenas invocam uma dificuldade de observação maior do que comportamentos públicos, somente podendo ser analisados através da externalização destes pelo indivíduo, como, por exemplo, por meio do comportamento de falar sobre seus pensamentos para um terceiro (SKINNER, 1978, 2002).

Já os comportamentos públicos são aqueles que, ao serem emitidos pelo indivíduo, podem ser percebidos por terceiros, por serem estes exteriorizados no ambiente no qual ocorreu (BAUM, 2005). Assim, quando um indivíduo se alimenta, corre, conversa ou dorme, estes atos são passíveis de observação por outras pessoas.

Contudo, deve-se compreender que não é preciso que o ato tenha sido efetivamente observado por outrem para que se torne público. O simples fato de este ser potencialmente observável, ainda que não haja nenhum observador no momento em que foi proferido, torna o comportamento um evento público. Assim, um evento público que não tenha sido presenciado por ninguém (a não ser o próprio emissor do comportamento) continuará sendo público, pois este poderia ter sido observado por mais de uma pessoa caso alguma se fizesse

presente no momento; já o privado jamais poderá ser analisado por outrem que não o próprio emitente do comportamento, sendo ambos, entretanto, igualmente eventos naturais (BAUM, 2005, p. 37).

As variáveis determinantes do comportamento

Ultrapassados esses conceitos preliminares, deve-se observar que a explicação behaviorista para o comportamento humano passa por fatores relevantes, como o ambiente a que o indivíduo está submetido; suas características genéticas; o histórico de contingências a que foi submetido; e as contingências atuais (SKINNER 2003; BAUM, 2005).

Dessa forma, um comportamento atual foi determinado pelo histórico de reforços e punições sofridos ao longo da história do indivíduo, por suas características genéticas inerentes (alguns comportamentos são simplesmente impossíveis para algumas espécies, tendo em vista seus limites físicos impostos pela herança genética adquirida durante o processo de evolução), pelo ambiente presente, com suas contingências que se apresentam no momento do comportamento, e o estado motivacional do indivíduo (privação, saciação ou estimulação aversiva).

Portanto, o comportamento nada mais seria que uma resposta a estímulos atuais (reforçadores ou aversivos), a qual foi delineada durante o tempo por um histórico de contingências sofridos pelo indivíduo em situações idênticas ou análogas, influenciada, também, pelas características filogenéticas deste. A partir, portanto, de um sistema de reforços, é possível que se adquira um comportamento operante, o qual ocorre em um processo de aprendizado decorrente de uma relação entre uma atividade determinada e as consequências dela decorrentes (SKINNER 2002, 2003; BAUM, 2005).

Comportamentos operante e reflexo

Antes de se aprofundar na questão acima iniciada, é preciso distinguir o comportamento operante do comportamento reflexo. Os reflexos estão ligados às características fisiológicas das espécies, sendo inerentes a elas. Por exemplo, a salivação, que aumenta na presença de um alimento. O reflexo é, portanto, um produto da seleção natural.

É verdade que, como mostrou Pavlov (SKINNER, 2003), alguns reflexos podem passar a ser eliciados por outros estímulos associados a eles durante a ontogênese. Desse modo, o reflexo salivar pode passar a ser eliciado pelo som de uma campainha associada previamente ao estímulo gustativo. Ou seja, durante a refeição do indivíduo, determinado som é acionado, o que faz com que ele, futuramente, aumente a salivação após ouvir o

mesmo som, ainda que não esteja na presença de alimentos. No entanto, a estrutura básica permanece, já que o reflexo em si permanece sempre igual, apenas acrescido agora de outro estímulo antecedente eliciador. Esse tipo de estrutura é denominada de reflexo condicionado (SKINNER, 2003).

Todavia, outros comportamentos são mais complexos, não estando ligados diretamente às condições filogenéticas do indivíduo, o qual passa a adquirir o comportamento apenas após um processo de condicionamento por contingências, ou seja, num histórico de reforços que delinea o comportamento em determinado sentido. Estes são chamados de comportamento operante (BAUM, 2005).

Dessa forma, um comportamento operante é determinado por uma forma de agir, dissociada de simples atos reflexos, que foi adquirida por experiências passadas vividas por determinado indivíduo (através de estímulos reforçadores ou aversivos que lhe foram apresentados após determinado ato), e que gera determinado tipo de resposta aos estímulos atuais.

Assim, se toda vez que um pombo bica uma tecla ao ser esta iluminada por uma luz de determinada cor esta dispense comida, o comportamento, após um histórico de reforço (pela obtenção do alimento), passará a ser mais frequente, virando a coloração da luz um estímulo discriminativo que gera uma maior probabilidade de o pombo bica a alavanca quando ele é submetido a este (SKINNER, 2003). Em processos como este surge um comportamento operante.

Dessa maneira, se cada vez que um determinado indivíduo realizar um comportamento, apresentando após a adoção deste um estímulo reforçador ou aversivo, isto fará com que ele adote com maior ou menor frequência o referido comportamento. Após um histórico de reforços num mesmo sentido, o comportamento estará condicionado, pois o indivíduo passará a se comportar de dada maneira, a fim de receber ou evitar um estímulo discriminativo.

Reforçadores primários, condicionados, generalizados e diferenciais

Como se pode perceber, os estímulos reforçadores ou aversivos possuem fundamental importância para a determinação de um comportamento, seja pelo histórico de contingências que o indivíduo foi submetido ao longo de sua vida, seja em razão dos estímulos atuais que deflagram determinada reação comportamental. Deve-se compreender melhor, portanto, o que são os reforçadores.

Reforçadores são os elementos que, apresentados ao indivíduo, geram um estímulo positivo a este, o qual é recompensado ao adquiri-lo e desfrutá-lo. É preciso diferenciar, porém, os reforços primários dos condicionados. O reforçador primário é aquele cuja capacidade de reforçar, isto é, de aumentar a frequência de ocorrência do comportamento que o antecede regularmente, deriva de características filogenéticas do indivíduo, tais como,

comida, água, sexo, etc. (SKINNER, 2003).

Já os condicionados são aqueles que adquirem essa capacidade em relação a um determinado indivíduo, a partir de um processo denominado pareamento, que consiste basicamente na presença regular do reforçador condicionado no ambiente e no instante em que o indivíduo se comporta de forma a obter um reforçador primário. Assim, este reforçador condicionado passa a ser ligado indiretamente a um ou mais reforçadores primários, passando também a estimular positivamente o indivíduo (SKINNER, 2003).

Portanto, a voz de uma namorada de um determinado homem pode se tornar um reforçador condicionado, pois esta passa a remeter, por exemplo, aos atos sexuais que manteve com ela. Da mesma maneira, a visão de um restaurante cujas refeições foram bem aceitas pelo indivíduo podem ser pareados com o reforçador primário “comida”, tornando este um reforçador condicionado que leva o indivíduo a entrar no restaurante e solicitar determinado prato ao avistar o empreendimento.

Porém, como explicitado anteriormente, o estado motivacional (saciação ou privação) do indivíduo pode influenciar os efeitos da presença de determinado reforçador. Se este acabou de realizar uma refeição, a visão do restaurante favorito provavelmente não reforçará o ato de adentrar em tal local para comer, pois a saciação altera o contexto em que usualmente a pessoa faz uso do serviço.

Deve-se observar, ainda, o conceito de reforçador generalizado. Tratam-se de reforçadores que são capazes, diante de sua fungibilidade, de serem utilizados para a obtenção de inúmeros outros reforçadores, atingindo, indiretamente, sempre mais de um reforçador primário.⁸ Um exemplo clássico de reforçador generalizado é o dinheiro, mas também podem ser assim caracterizados as demonstrações de afeição, aceitação, aprovação, dentre outras (SKINNER, 2003).

Uma importante característica desse tipo de reforçador é que, como este pode ser utilizado para estimular diversos reforçadores primários, tal fato diminui a importância do estado motivacional do indivíduo, não necessitando que haja uma privação para que este se sinta estimulado por determinado reforçador (SKINNER, 2003, p. 85). Por exemplo, como o dinheiro pode ser utilizado para a obtenção de comida, água, lazer, roupas, dentre outros, não é preciso que a pessoa esteja com fome, sede ou frio para que se sinta estimulada por um pagamento oferecido por determinado serviço. O reforçador generalizado, dessa maneira, amplifica o seu poder de estimulação em relação aos demais.

Por fim, ao surgir um comportamento operante, este pode ser aprimorado pelo que Skinner (2003) denominou reforço diferencial, responsável pelo aperfeiçoamento de um comportamento já delineado. Após uma

⁸ Skinner (2003, p. 85) define os reforçadores generalizados da seguinte maneira: “um reforçador condicionado será generalizado quando for emparelhado com mais de um reforçador primário. O reforçador generalizado é útil por não lhe ser importante a condição momentânea do indivíduo”.

pessoa aprender a tocar um determinado instrumento, esta pode ser apresentada a novos reforços (diferenciais) para que passe a se tornar um exímio músico.

É possível, a partir desses dados, traçar uma teoria geral do comportamento humano, buscando delinear as causas que levaram uma pessoa a agir de determinada maneira. Acaba-se, assim, com a visão simplória de livre arbítrio, pois todos atos das pessoas estão vinculados ao histórico de contingências a que foram submetidas, ao ambiente, ao contexto e às contingências atuais.

Reforço e punição

Um comportamento pode ser condicionado (condicionamento operante) por reforços ou por punição. Os reforços se dividem em positivos e negativos. Nos reforços positivos, um comportamento é estimulado pela apresentação de um estímulo reforçador, tornando maior a probabilidade de recorrência do comportamento que antecedeu à obtenção deste (BAUM, 2005).

Já no reforço negativo, um comportamento é reforçado pela retirada de um estímulo aversivo, tornando-o também mais provável. Exemplifique-se, por exemplo, com uma criança pequena, que chora até sua mãe a pegar no colo. O choro é um estímulo aversivo à mãe e, quando o choro cessa ao ser a criança erguida ao colo de sua mãe, o comportamento da mãe de pegar seu filho em seus braços é negativamente reforçado pela interrupção do choro (SKINNER, 2003).

Já na punição, apresenta-se um estímulo aversivo ou retira-se um estímulo reforçador toda vez que um comportamento se torna presente, tornando-o menos provável. A diferença entre o reforço e a punição, portanto, é que aquele incorre no aumento da frequência do comportamento antecedente e esta, na diminuição. Assim como o reforço, a punição poderá ser positiva ou negativa. A punição positiva se dá pela apresentação de um estímulo aversivo ao agente, e a negativa pela retirada de um estímulo reforçador (BAUM, 2005).

Repare-se, ademais, que além de poder incorrer na extinção ou diminuição da frequência de um comportamento anterior, a punição também aumenta a probabilidade de um comportamento paralelo, que se pode denominar de fuga, o qual será, portanto, negativamente reforçado, como explicado acima (SKINNER, 2003, p. 206).

Ou seja, um mesmo ato possui duas consequências. Ao se punir determinado comportamento, este se tornará menos frequente. Porém, para evitar que o comportamento punido seja implementado (esquivando-se do estímulo aversivo apresentado em situação análoga, por exemplo), o indivíduo passa a adotar um outro tipo de comportamento (fuga), que se torna mais frequente, ou seja, que é negativamente reforçado pela retirada do estímulo aversivo.

Exemplificando, se andar à noite em determinado bairro teve como consequência um assalto, o ato de caminhar no local após às 21 horas pode se tornar menos frequente. Por outro lado, o ato de chegar em casa mais cedo, sem distrações no caminho, pode se tornar mais frequente, a fim de evitar a experiência negativa vivida.

Contudo, conforme alertado por Skinner (2002), a punição gera subprodutos que podem tornar seu uso excessivo não recomendável. Ao estar ciente da possibilidade de ser apresentada a um estímulo aversivo em caso de adotar determinada ação, a pessoa passa a apresentar atos de aversão, evitação e ansiedade, o que pode ser prejudicial para o desenrolar de suas relações sociais. Dessa forma, Skinner (2003) prega a preponderância do uso de reforços para o condicionamento operante, pois este possuiria a clara vantagem de não apresentar os indesejáveis subprodutos de uma estimulação aversiva.

Baum (2005), aliás, sabedor dos subprodutos que a apresentação de estímulos aversivos pode causar, identifica que a sensação de liberdade declarada pelas pessoas (o que pode ser interpretado como o tão difundido livre arbítrio) se dá quando estas são condicionadas por meio de reforços, em vez de punições. Não se trata, portanto, da velha ideia mentalista de livre arbítrio, pois todo ato é influenciado por uma série de variáveis dependentes e independentes, como já explicado, mas sim de se sentir mais feliz (“livre”) ao não ter que lidar com os subprodutos ocasionados pela punição.

O comportamento verbal

Um tipo de comportamento específico deve ser analisado, pois terá grande importância na análise das regras que regem a sociedade. Trata-se do comportamento verbal, o qual não deve ser confundido apenas com a fala, sendo possível também ocorrer através de sinais ou escrita, por exemplo (SKINNER, 1978).

Primeiramente, deve-se observar que o comportamento verbal é um tipo de comportamento operante e, conseqüentemente, será mais provável de ocorrer apenas em contextos que lhe sejam favoráveis, de acordo com o histórico de contingência vivido pelos envolvidos (BAUM, 2005, p. 131).

O comportamento verbal se desenvolve necessariamente em uma comunidade verbal, devendo haver um emissor da comunicação e um ouvinte. Em tal relação, a fala será um estímulo discriminativo em relação ao ouvinte, que possui um histórico de contingências com o qual lidou no passado com comportamentos semelhantes, tornando mais provável que este adote ou não uma ação dependendo do estímulo apresentado pelo emissor (SKINNER, 1978).

Assim, determinado tom de voz ou tipo de conversa pode ser um estímulo que reforce a conduta do ouvinte permanecer no local e prestar atenção à mensagem a ele transmitida. O contrário também poderá ocorrer, fazendo com que o ouvinte adote um comportamento de fuga para não ter que se submeter ao comportamento

do emissor.

Por outro lado, o ouvinte, por si só, também constitui um estímulo discriminativo para o falante. A probabilidade de se emitir algum comportamento verbal é, por exemplo, muito maior na presença de um ouvinte. Ademais, se determinado ouvinte não atende, por exemplo, aos pedidos frequentes de determinado emissor, este verá tal ouvinte como um estímulo aversivo, sendo improvável que insista em fazer novos pedidos semelhantes (BAUM, 2005).

O ambiente, claramente, influencia o comportamento verbal. Uma pessoa que não domina determinada língua, ao se ver inserida em determinada comunidade verbal distinta da sua, não conseguirá entender ou emitir os atos necessários à comunicação, deixando, assim, de ocorrer o comportamento verbal entre elas na língua de origem da primeira, pois os pedidos, ordens e demais formas deste não atingirão os efeitos esperados, cessando-se os estímulos reforçadores para tanto (BAUM, 2005).

Por fim, é possível que uma só pessoa se comporte como falante e ouvinte, sendo ela mesma um estímulo discriminativo para si própria. Trata-se do ato de falar consigo mesmo ou mesmo o pensamento (comportamento privado). Tal situação é explicada por reforços pretéritos em que determinado comportamento verbal foi um estímulo para que a pessoa agisse de determinada forma. Dessa maneira, ao falar consigo mesmo, o estímulo verbal reforça determinada conduta desejada pelo agente (SKINNER, 1978). Pode-se explicar, nesse raciocínio, porque uma pessoa emite a si mesma, em alto e bom som, uma ordem para levantar da cama de manhã cedo, quando está com vontade de dormir por mais alguns minutos.

As regras como comportamento verbal

A partir da instituição de uma comunidade verbal, passa a ser possível, então, a instituição de regras que atingem seus integrantes. Regras são, segundo Skinner (1978), um comportamento verbal que aponta as contingências inerentes a determinado comportamento sob um contexto específico.

As regras, portanto, são criadas a partir de experiências anteriores, servindo para sinalizar uma relação contingencial vinculada a determinada ação ou omissão. Entretanto, ao ser editada na forma de comportamento verbal, por ser este um estímulo discriminativo para o ouvinte, passa a ter a capacidade de influenciá-lo mesmo que este não tenha vivido experiências semelhantes.

Isso porque, em seu histórico, o ouvinte provavelmente já sentiu os efeitos práticos de alguma regra, tendo seu comportamento sido reforçado ou punido de acordo com o enunciado, razão pela qual cria a tendência de respeitar as regras que lhe são apresentadas. Estas também são seguidas em razão de comportamentos imitativos e de instrução frequentemente desenvolvido pelos indivíduos em sua história de vida (SKINNER,

2003).

Segundo Baum (2005, p. 166), o comportamento governado por regras possui sempre duas relações, quais sejam, uma de curto prazo e uma de longo prazo. O reforço próximo (de curto prazo) é o próprio estímulo verbal emanado do emissor da regra. Já a relação de longo prazo se confunde com a própria finalidade da norma. Uma regra é criada com determinado fim, seja preservar a saúde, o bem-estar ou, indiretamente, a sobrevivência da própria espécie.

O que controla o comportamento humano por intermédio de regras são, portanto, as contingências imediatas, mas estas somente são impostas no intuito de preservar algo que é caro à comunidade verbal, evitando-se contingências desfavoráveis ou incentivando as favoráveis com base na experiência anterior de alguns membros da comunidade (BAUM, 2005).

As regras são fundamentais, pois, como os indivíduos são condicionados a obedecê-las, torna-se desnecessário que eles se submetam às experiências aversivas vividas por outras pessoas anteriormente para que possam compreender a nocividade de determinado comportamento para eles ou mesmo para a comunidade.

O surgimento da comunidade verbal e, conseqüentemente, das regras, é um fator decisivo para o desenvolvimento humano. Seguindo-se regras que ao fim se mostrem reforçadoras ao indivíduo, é possível que haja a transmissão de conhecimento entre os membros da sociedade, sem que seja preciso passar por todas as experiências dos antepassados para que determinado conhecimento seja adquirido, o que certamente amplia o horizonte para novos conhecimentos.

O controle sobre o comportamento

A partir da edição de regras, e sendo as pessoas delineadas desde cedo a obedecê-las, surge a importante questão do controle que determinadas pessoas e organizações exercem sobre os indivíduos.

Uma análise behaviorista radical pode explicar as formas de controle existentes na sociedade, pois os indivíduos ou organizações são capazes de alterar importantes variáveis que influenciam o comportamento humano, podendo atuar tanto no estado motivacional da pessoa (por meio da privação ou saciação de algo que lhe é caro), na alteração das contingências existentes, modificando o ambiente, bem como apresentando novas contingências (estabelecendo reforços ou punições).

O controle exercido por organizações pode ser melhor entendido quando se compreender que, apesar de ser formado por pessoas, o grupo se torna uma unidade que se comporta. É claro que o comportamento é de cada integrante do grupo, contudo, apesar de ser o indivíduo o ator do comportamento, é o grupo que tem o efeito mais poderoso, pois as conseqüências reforçadoras geradas pelo grupo são superiores às conseqüências

reforçadoras de cada indivíduo somadas, pois os próprios integrantes do grupo passam a se reforçar, potencializando os estímulos que influenciam os seus comportamentos dentro dessa unidade social. (SKINNER, 2003, p. 341).

Skinner (2003) analisa mais detidamente algumas formas de controle, como a governamental, a educacional, a econômica, a religiosa e a realizada na psicoterapia. Em comum a todas essas, está a capacidade de compreender e manipular variáveis independentes responsáveis por determinados comportamentos.

A alteração do estado motivacional, por exemplo, pode tornar mais ou menos provável que alguém adote determinado comportamento. Se uma pessoa é privada de água por muito tempo, ao ser posta em frente a um copo de água, será mais provável que ela o beba. Porém, caso esta tenha ingerido líquido abundantemente antes de tal evento, será bem menos provável que tal atividade se confirme.

A atuação na modificação do ambiente poderá também ser uma eficaz forma de alterar o comportamento. Caso seja identificado um estímulo aversivo ou reforçador em determinado ambiente, poderá se atuar para retirá-lo ou mitigar os seus efeitos, diminuindo a sua influência nas atitudes tomadas quando em sua presença.

Por fim, pode-se recorrer a um sistema de reforços e punições. Nos reforços (positivo ou negativo), ao se apresentar um estímulo reforçador ou se retirar um estímulo aversivo no caso de se adotar determinado comportamento distinto ao que se deseja alterar, este se tornará mais frequente, com a vantagem de a pessoa não se sentir coagida a alterá-lo, eliminando-se os subprodutos comuns à punição. Assim, a pessoa controlada se sentirá mais livre (BAUM, 2005), sendo atenuados os efeitos do controle exercido, conforme explicitado no item 4.1.3.3.

Porém, a punição também é um método eficaz de controle. Ao apresentar um estímulo aversivo ou retirar um estímulo reforçador no caso de adoção de um comportamento indesejado, o controlador o tornará menos frequente, sendo um método inegavelmente capaz de controlar o comportamento humano.

Contudo, os efeitos da punição não serão permanentes. Ao se tornar menos frequente o comportamento (diante da apresentação ou retirada dos estímulos aversivos), o comportamento punitivo também diminuirá, pois não será mais necessário. Dessa forma, no longo prazo, com o desaparecimento dos estímulos controladores, há a tendência de que o comportamento anterior (diante da ausência dos estímulos aversivos e com a permanência dos estímulos reforçadores anteriormente existentes) volte a acontecer em sua plenitude (SKINNER, 2003).

Portanto, para que o comportamento não ressurgir, seria necessária a presença constante dos estímulos responsáveis pela punição, trazendo à tona o grande problema de seus subprodutos, que geram estados emocionais prejudiciais aos indivíduos. Diante de tais adversidades, as pessoas passarão a não se conformar com o excesso de coerção a que estão submetidas, passando a incrementar um comportamento de contracontrole para

anular ou mitigar o comportamento controlado (por exemplo, atos de greve, protestos, revoltas e até mesmo revoluções).⁹

Tais elucubrações demonstram que Skinner (2002, 2003) não era tão favorável à utilização de punições, porém tal fato não é observado com igual intensidade por outros behavioristas (AGUIAR, 2014, 2015), que julgam a estimulação aversiva um método eficaz de controle.

Em relação às agências controladoras socialmente organizadas, possui maior interesse para este artigo a análise do controle governamental. Por possuir o chamado *jus de império*, o governo possui poder de influenciar inúmeras variáveis que determinam o comportamento dos indivíduos, podendo-se valer, inclusive, do uso de força física (valendo-se da polícia, por exemplo).

As punições governamentais podem consistir na apresentação de um estímulo aversivo (pena de encarceramento, etc.), ou na retirada de um reforçador positivo (confisco, taxas, etc.). Desse modo, o Estado torna tais estímulos discriminativos contingentes a algumas espécies de comportamento, diminuindo a probabilidade de recorrência do comportamento indesejado (SKINNER, 2003, p. 368).

Apesar de não ser tão comum, porém já existindo alguns exemplos positivos, o governo também pode controlar os comportamentos por meio de reforços, utilizando-se do chamado Direito premial, aumentando a frequência dos comportamentos desejados, com a vantagem de não fazer incorrer nos cidadãos os subprodutos da punição. Pode-se, também, se valer de reforços econômicos, como os subsídios agrícolas, por exemplo, a fim de determinar o cultivo de determinada espécie (SKINNER, 2003, p. 377).

Nos Estados contemporâneos, o controle exercido pelo governo se dá através de leis, as quais tem o importante papel de especificar os comportamentos que se pretende controlar, bem como a consequência acarretada (reforço ou punição) no caso de adoção do comportamento regulado (SKINNER, 2003, p. 371).

Contudo, a lei, no fundo, apenas estabelece as contingências, não sendo o governo capaz de impô-las sozinho aos indivíduos. Assim, o governo acaba se valendo de outras formas de controle social, como as normas sociais e religiosas, para que seu objetivo seja alcançado. Nesse sentido, é esclarecedor o seguinte trecho da obra de Skinner (2003, p. 370):

A agência governamental pode codificar suas práticas controladoras e manter as contingências assim estabelecidas, mas raramente tenta tornar o código eficiente de outra maneira qualquer. O indivíduo é diretamente afetado por apenas uma pequena fração das contingências predominantes. Ao dizer que “a ignorância da lei não exime da culpa”, a agência governamental deixa o condicionamento de fato do indivíduo a outros. Pais e amigos estabelecem contingências menores que mantêm o comportamento dentro de limites legais, e a função governamental pode também ser ativamente apoiada pelo grupo ético e instituições religiosas e educacionais com suas técnicas apropriadas.

⁹ Assim explicita Skinner (2003, p. 351): “ Por causa das consequências aversivas de ser controlado, o indivíduo que se responsabiliza pelo controle de outras pessoas tem mais probabilidade de ser controlado por todas elas”.

A advertência realizada sobre a possibilidade de contracontrole também é perfeitamente válida em relação às agências governamentais. Um excesso de controle, principalmente se baseado em rígidas punições, tende a gerar um maior contracontrole por parte dos cidadãos, o que enfraquecerá o controle governamental com o passar do tempo (SKINNER, 2003).

Não por outro motivo, Baum (2005) afirma que a democracia é usualmente o modelo que traz a maior sensação de satisfação e felicidade para as pessoas, pois é um sistema que possibilita um forte contracontrole dos governados sobre o governo, seja através da liberdade de expressão, o que acarreta em protestos contra abusos ou falhas governamentais, seja através do poder de escolha dos governantes por meio do voto. Um Estado Democrático de Direito, portanto, traz uma maior possibilidade de equilíbrio entre o controle e o contracontrole das agências governamentais, possibilitando um maior benefício para os indivíduos no longo prazo.

Dessa forma, a lei é importante não só para controlar o indivíduo, mas também para estabilizar o sistema, pois essa passa a traçar objetivamente os limites da atuação do controle governamental.¹⁰

Importante salientar que o contracontrole sempre existirá em maior ou menor medida, pois o controlador também sofre influência dos estímulos apresentados pelo controlado, reagindo de acordo com as atitudes deste. Porém, em um excesso de coerção, as pessoas se identificam como em uma relação de exploração, crescendo a possibilidade de o contracontrole aumentar em sua intensidade, podendo, nos casos mais drásticos, suprimir por completo a relação de controle anteriormente existente (BAUM, 2005).

Porém, nem sempre as relações de exploração estão diretamente ligadas à punição. Há, também, as chamadas armadilhas de reforço (BAUM, 2005), nas quais os reforços imediatos parecem trazer benefícios ao controlado, entretanto, no longo prazo, há, na verdade, um efeito punitivo sob o indivíduo.

Tome-se, como exemplo, a relação do fumante com o cigarro. Os reforços imediatos são evidentes (sensação de prazer ao fumar; um certo *status* social acerca do ato de fumar, dentre outros). Porém, com o passar do tempo, surgem os estímulos aversivos que são muito mais intensos do que os reforços anteriormente suportados (doenças graves, inclusive podendo ocasionar o óbito do indivíduo).

Uma analogia a tal raciocínio pode ser aplicada às relações sociais, na qual o controlador ilude o controlado com reforços imediatos, mas, no fim, trará muito mais prejuízos a este do que benefícios, configurando-se uma relação de exploração.

Por exemplo, imagine-se uma relação em que se paga um pequeno valor por peça fabricada pelo

¹⁰ Assevera Skinner (2003, p. 379): “A codificação dos procedimentos controladores frequentemente tem o efeito de estabilizar o sistema. Ao explicitar a contingência entre o comportamento e a punição, por exemplo, a lei impõe uma restrição na agência governante. O sistema social de governante e governado não pode se deteriorar apreciavelmente a menos que se mude a lei. Um contracontrole mais explícito é representado por uma constituição, na qual um governo deriva seu poder do consentimento dos governados se constringe a usar o poder dentro das áreas especificadas”.

empregado. Este tenderá a produzir o máximo que conseguir para obter a maior remuneração possível, porém, no longo prazo, poderá sofrer de estados emocionais aversivos ou até mesmo doenças laborativas graves diante do excesso de atividade por ele produzido (SKINNER, 2003).

Entendendo-se, assim, as variáveis responsáveis pelo comportamento, como ocorre o controle e a sua relação com o contracontrole, é possível que os cientistas sociais adotem atitudes que sejam mais efetivas para multiplicar os comportamentos desejados e diminuir os nocivos ao bem-estar social.

Obviamente, tal teoria pode ser utilizada com um viés autoritário, buscando controlar o comportamento das pessoas não para o benefício destes, mas para o benefício do próprio controlador. Contudo, como já dito, no longo prazo, ao se perceber numa relação de exploração, o indivíduo e seus aliados passarão a aumentar o contracontrole exercido, fazendo com que o controle se ajuste o mais próximo possível aos fins inerentes ao bem-estar da espécie humana, permitindo a sua sobrevivência.¹¹

Entendidas as premissas básicas do behaviorismo, entendendo-se como que o comportamento humano pode ser afetado pelo controle de variáveis, e como se dá a atuação de agências controladoras, pode-se passar a traçar qual seria o papel do Direito sob uma ótica behaviorista radical.

O papel do Direito

A partir dos conceitos acima abordados, é possível compreender o Direito como um sistema de contingências sociais, o qual possui a finalidade de punir ou reforçar determinados comportamentos humanos, a fim de diminuir ou aumentar a incidência destes na sociedade (AGUIAR, 2013).

Partindo das ideias traçadas por Luhmann (2007, 2011) acerca dos sistemas sociais funcionalmente especializados, Aguiar (2015, 2014) analisa o Direito como um dos mais importantes sistemas especializados da sociedade contemporânea, buscando traçar qual seria a verdadeira função social do Direito, adotando a perspectiva behaviorista para tal análise.

Dessa forma, definiu-se que um sistema social se dá quando o comportamento do indivíduo serve como reforço ou punição para outro indivíduo, incorrendo em uma rede de comportamentos entrelaçados. Por outro lado, quando o sistema social passa a possuir uma função específica e especializada, estes passam a configurar sistemas funcionalmente especializados.¹²

¹¹ Sobre a preocupação com os excessos que o controle pode provocar, afirmou Skinner (2003, p. 352): “A vantagem que traz este princípio geral pode ser muito bem ilustrada por esta afirmação: aqueles que mais se preocupam com a restrição do controle pessoal são os que mais têm a ganhar com o melhor entendimento das técnicas empregadas”.

¹² Explica AGUIAR (2014, p. 261): “Um sistema social funcionalmente especializado emerge quando os padrões relativamente estáveis de influência comportamental recíproca entre determinadas organizações e os indivíduos que compõem o seu público-

Por ser um sistema funcionalmente especializado, cabe justamente ao Direito agir por intermédio de órgãos estatais especializados (que se utilizam dos códigos e programas inerentes ao sistema jurídico), impondo contingências de reforço ou de punição, a fim de que torne mais frequentes os comportamentos que beneficiam o desenvolvimento da sociedade (AGUIAR, 2014, 2015).

O Direito, portanto, atua a partir do estabelecimento de regras, as quais definem que, em determinado contexto, caso um indivíduo adote certa conduta, sofrerá a consequência estabelecida na Lei (seja reforçadora ou punitiva).

As regras são uma modalidade de comportamento verbal (SKINNER, 1978) que descrevem uma certa contingência comportamental, possuindo o importante papel de transmitir experiências passadas vividas por outros indivíduos aos demais membros da sociedade, não sendo necessário que eles próprios suportem os estímulos reforçadores e punitivos para que descubram qual será a conduta que melhor reforçará seu comportamento.

A transmissão da regra é possível pelo fato de os seres humanos possuírem aptidão (decorrente também da evolução da espécie, mas que é reforçada ao longo da vida) ao comportamento imitativo, bem como em razão da instrução, que possui importante papel para o ensinamento de se comportar de acordo com as regras estabelecidas (SKINNER, 2003; BAUM, 2005).

Portanto, as regras possuem um importante viés de controle, sendo que as regras jurídicas são utilizadas pelo Governo para o controle do comportamento dos governados, valendo-se de agências especializadas, principalmente tribunais e órgãos de fiscalização e execução.

O Direito, na sociedade contemporânea, assumiu um protagonismo como sistema funcionalmente especializado de controle, pois, em comparação a outros sistemas similares, como o religioso e o ético, possui uma maior estabilidade e previsibilidade (AGUIAR, 2015), pois há o estabelecimento formal de normas jurídicas interligadas ao sistema político, as quais só poderão ser alteradas através deste ou do próprio Direito.

O Direito deve se ater, desse modo, aos comportamentos que possuem maior frequência e maior impacto na sociedade, impondo contingências para que estes aumentem ou diminuam a sua recorrência, a fim de possibilitar o desenvolvimento social. Ele não cuidará, portanto, dos comportamentos isolados ou dos insignificantes para a vida em grupo.

Contudo, o Direito pode ser dominado, em razão de as normas serem editadas de forma interligada ao sistema político, por uma elite dominante, que pode editar regras em seu próprio benefício. Todavia, como já narrado acima, muito provavelmente, principalmente em uma democracia, esse comportamento controlador

alvo se especializam no cumprimento de uma importante função para a sobrevivência e reprodução do grupo social como um todo, em um dado contexto espaço-temporal.”

abusivo será objeto, ainda que no longo prazo, de forte contracontrole, fazendo com que diminua a incidência de regras que não sirvam como suporte para o benefício da própria sociedade.

Por outro lado, uma regra somente será efetiva caso realmente atinja o reforço ou a punição desejada, o que é visto sob um duplo enfoque, o do indivíduo e o do próprio órgão controlador. Um indivíduo somente seguirá as regras se estas o auxiliarem ou não a atingir determinado reforço ou evitar certa punição, e o governo somente irá manter o comportamento de enunciar determinada regra se os controlados reforçam tal comportamento enunciator¹³, ou seja, se as obedecem ou não (AGUIAR, 2015).

A norma jurídica não possui um poder controlador absoluto e inerente a ela, dependendo do correto funcionamento de uma complexa e intrincada rede de comportamentos entrelaçados para que as contingências por ela impostas de fato punam ou reforcem os comportamentos humanos a que foi direcionada (AGUIAR, 2015).

A eficácia do controle da norma percorre inúmeros comportamentos da referida rede entrelaçada, como, por exemplo, desde a fiscalização ou recebimento por um órgão de determinada notícia de infração ambiental, ao desenrolar de um processo judicial ou administrativo, com a prolação da decisão pelo órgão competente que impõe a punição, por exemplo, de demolição de uma construção irregular, e sua devida execução, na qual o Estado se vale de seu poder de império, que pode ser sustentada, em último caso, até mesmo pela força física, por meio dos órgãos de execução, como a polícia.

Importante ressaltar, ainda, a existência, como chamado por Aguiar (2015), das regras de segundo grau, que são, no fundo, regras que determinam a seleção de outras regras (de primeiro grau). Tal raciocínio pode ser aproximado do que Todorov (1987, 2005) chamou de metacontingências¹⁴, as quais controlam a finalidade que as regras de primeiro grau terão.

A partir de tal raciocínio, entende-se que as relações benéficas que advém ao grupo em razão de contingências (ou seja, que acabam por funcionar como regras de segundo grau ou metacontingências) são as responsáveis pela formação e seleção das regras vigentes, havendo um processo contínuo de seleção de regras que melhor atendam ao interesse do grupo, seleção esta que é influenciada, também, pelo contracontrole dos

¹³ Explicita Aguiar (2015, p. 12): “O instrutor que transmite as regras que não são mais demandadas pelos receptores potenciais, provavelmente vai parar de transmiti-las e trocá-las por outras mais aceitas. Por sua vez, o criador de regras é, direta ou indiretamente, um agente de controle social, ou seja, alguém cujo comportamento de enunciar novas regras, ou criar novos enunciados de regras mais eficazes no sentido tanto de sua transmissão quanto da sua aplicação, é reforçado, seja pelos destinatários, seja por outros indivíduos, para os quais a alteração do repertório dos destinatários dessas regras é reforçadora”.

¹⁴ As metacontingências são assim explicitadas por Todorov (1987, p. 10): “A contingência é, pois, a unidade de análise que descreve as relações funcionais entre o comportamento e o ambiente no qual a pessoa interage. A metacontingência é a unidade de análise que descreve as relações funcionais entre uma classe de comportamentos, cada comportamento como uma parte de uma contingência específica e uma consequência que ocorre a longo prazo e que é comum a todos os comportamentos de metacontingência. Metacontingências envolvem essencialmente contingências socialmente determinadas”.

governados.

Não se está discordando do entendimento de Aguiar (2015, p. 11) de que “a enunciação da regra tem como variável reforçadora a alteração no repertório comportamental do destinatário, sem qualquer pressuposição quanto aos efeitos benéficos ou não que possam ressaltar dessa alteração”. Num primeiro momento, realmente, o fato de a regra surtir o efeito controlador desejado reforça o comportamento da manutenção de tal regra.

Contudo, no decorrer da vigência da norma, caso essa não seja benéfica para o grupo social, este se achará sob uma relação exploratória, exercendo forte contracontrole em face de tal norma, estabelecendo estímulos aversivos ao órgão controlador, que tenderá a suprimir tal norma. Ao cabo de tal processo, ocorrerá, por fim, uma maior adequação, ainda que indiretamente, das regras ao benefício infligido ao grupo.

Não se está aqui defendendo que há uma linearidade ou uma teleologia no desenvolvimento e seleção das regras, mas apenas uma tendência de que o contracontrole (amplamente exercido num ambiente democrático) afaste, no longo prazo, aquelas regras que, sob a perspectiva do grupo controlado, lhe são prejudiciais (embora somente o tempo diga se a perspectiva dos controlados de fato era correta).

Por todo o exposto, demonstrando-se a aplicação da teoria behaviorista ao Direito e como este pode ajudá-lo a melhor entender e, conseqüentemente, regular o comportamento humano, passa-se a analisar as aplicações da combinação das análises econômica e comportamental do Direito sobre a análise de políticas públicas e interpretação das normas jurídicas.

ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO DIREITO *VERSUS* ANÁLISE ECONÔMICO-COMPORTAMENTAL DO DIREITO

Como fica claro após as explicações acima realizadas, a grande diferença entre a análise comportamental do Direito (ACD) e a AED Comportamental se dá em relação à supressão do conceito de mente. A ideia de dois sistemas atuantes na mente humana, um responsável por intuições e outro por racionalidade, pouco ajuda uma explicação científica do comportamento humano.

Recorrer a uma ideia abstrata como sistemas mentais, que são conceitos não observáveis, apenas traz para dentro de uma teoria, que pretende a cientificidade, um conceito abstrato, insuscetível de observação e avaliação, que não ajuda a desvendar as razões de determinado comportamento, possuindo validade apenas para imputações que buscam justificar aquilo que o conhecimento humano ainda não foi capaz de compreender.

Segundo a crítica behaviorista, os psicólogos cognitivistas internalizam o ambiente em um processo mental, deixando de focar nas contingências que de fato governam o comportamento, dedicando-se a supostos processos internos, afastando-se de fatores externos que são a verdadeira causa para determinado

comportamento. Tal substituição é um desvio de atenção, a qual impede que se debruce de forma aprofundada às verdadeiras causas do comportamento, que se encontram no ambiente, o que pode provocar inúmeras falhas na tentativa de resolução de problemas (RACHLIN, 2015; SKINNER, 2007).

Porém, se o que se busca é uma atuação do Direito pautada em bases científicas sólidas sobre o comportamento humano, criando a oportunidade de aprimorar a regulação dos atos sociais em prol do bem-estar coletivo, conceitos como este não acrescentam maior utilidade, mas podem retirar o foco de se buscar quais foram as variáveis responsáveis pelo ato pesquisado.

A ideia de heurísticas ou vieses cognitivos se baseia, assim, num processo mental inaferrível, razão pela qual dificulta a elaboração de uma teoria geral sobre o comportamento que possa guiar a aplicação e elaboração das normas. Entretanto, os resultados que apontam certa tendência de comportamento humano não devem ser ignorados, pois são bastante consistentes. A premissa é que deve ser alterada: o ato praticado se deve às características filogenéticas do indivíduo, a seu histórico de contingenciamento, ao ambiente, sua motivação (privação, por exemplo) e às contingências sociais.

Uma tendência mais ou menos uniforme de comportamento numa determinada sociedade não deve ser imputada a processos cognitivos semelhantes ocorridos nas mentes dos indivíduos, mas sim à disseminação de práticas culturais. Apesar da impossibilidade de um mesmo indivíduo possuir o mesmo histórico de condicionamento de outrem, muitas das práticas sociais que operam como condicionantes possuem certa estabilidade e frequência, gerando uma certa uniformidade em padrões comportamentais.

Como definido por Aguiar (2015, p. 4), contingências sociais são “o conjunto de comportamentos humanos que mediatamente ou imediatamente influencia a aquisição, manutenção ou extinção de outros comportamentos humanos”. São as contingências sociais que levam às práticas culturais, que podem ser definidas como os padrões comportamentais adquiridos como resultado da participação num grupo (BAUM, 2005) ou “um tipo comportamental característico de um determinado grupo humano” (AGUIAR, 2015, p. 4). São essas práticas culturais, moldadas pelas contingências sociais¹⁵, que geram os resultados comuns nos experimentos levados em consideração pela AED Comportamental. Não é a existência de um viés cognitivo majoritário na população o fator que implica numa aversão à perda de parcela majoritária das pessoas analisadas, mas sim a existência de contingências sociais difundidas que implicam na obtenção de certo padrão comportamental.

Adicionar um processo cognitivo hipotético nada acrescenta à teoria, muito menos quando se busca otimizar a atuação do mundo jurídico (RACHLIN, 2015). O Direito não poderá interferir em processos

¹⁵ Aguiar (2015) defende que são as regras, encaradas como comportamento verbal funcional, as unidades básicas de seleção cultural. Baum (2005) já identifica a seleção de práticas culturais com a própria evolução biológica, ou seja, a contribuição das práticas culturais para a própria sobrevivência da espécie, o que resulta também na seleção cultural.

cognitivos, mas pode sim alterar as contingências que regem o comportamento, bem como o ambiente em que as decisões são tomadas.¹⁶

Observe-se que não se está descartando contribuições que a neurociência pode adicionar à ACD. Porém, não se deve confundir a atividade do sistema nervoso com a ideia abstrata de mente e processos e sistemas mentais. Skinner (2003)¹⁷ já alertava, no início do século XX, para as contribuições que a neurociência poderia trazer. Porém, idealizar um processo cognitivo de forma apartada de todo o restante do ser humano não aparenta ser uma ideia correta. O sistema nervoso é fundamental para o comportamento, sendo concreto, aferível e cada vez mais observável com o advento de tecnologias inovadoras. Porém, o comportamento humano deve ser encarado como fruto, dentre outras variáveis, de uma consequência do processamento de todo o corpo humano de forma única, e não sendo governado por um ente abstrato, apartado e idealizado que se convencionou denominar de mente.

Interessante observar que a neurociência possui duas metateorias, quais sejam, a cognitivista e a mecanicista¹⁸. Enquanto a primeira é incompatível com uma análise behaviorista, a segunda é sim perfeitamente conciliável. A criação de uma abordagem integrativa entre neurociência e análise do comportamento, afastando-se a dicotomia entre as perspectivas externalista (focada nas causas que ocorrem no ambiente) e internalista (que almeja entender o que ocorre dentro do organismo), entendendo-se que tanto as causas neurofisiológicas (que atuam como intermediadores causais) quanto as contidas no ambiente devem ser estudadas em conjunto para uma melhor compreensão e controle do comportamento humano, permitirá o uso da neurociência para aprimorar a análise do comportamento humano, criando-se um sistema comportamental. (ZILIO, 2013).

Interessante notar, também, que a preocupação de se adotar algo assemelhado ao paternalismo libertário também é partilhada por muitos behavioristas, mudando-se a premissa da existência do livre arbítrio. O que as pessoas identificam como livre arbítrio, na verdade, na visão behaviorista, é a tomada de uma decisão com base em reforços, e não em punições (BAUM, 2005). Este fato é o que faz as pessoas se identificarem com a ideia de uma

¹⁶ Como bem explicitado por Skinner (2007, p. 318), "Nós precisamos mudar nosso comportamento e só podemos fazê-lo mudando nosso ambiente físico e social. Nós escolhemos o caminho errado já de início, quando fazemos a suposição de que nossa meta é mudar 'mentes e corações de mulheres e homens' ao invés do mundo em que eles vivem".

¹⁷ Skinner (2003, p. 30) afirma: "Uma ciência do sistema nervoso baseada na observação direta, e não na inferência, finalmente descreverá os estados e os eventos neurais que precedem formas de comportamento. Conheceremos as exatas condições neurológicas que precedem, por exemplo, a resposta 'Não, obrigado'. Verificar-se-á que estes eventos são precedidos por outros eventos neurológicos, e esses, por sua vez, de outros. Essa sequência levar-nos-á de volta aos eventos fora do sistema nervoso e, finalmente, para fora do organismo".

¹⁸ A neurociência cognitiva está ligada aos preceitos metodológicos, conceituais e filosóficos de uma ciência cognitiva, fundamentando-se em construtos cognitivos inferidos de dados comportamentais e neurofisiológicos, traçando-se a tese de que haveria uma relação de identidade entre construtos cognitivos e atividades neurofisiológicas. Porém, a metateoria mecanicista está relacionada às neurociências molecular e celular, as quais não possuem ligações intrínsecas com preceitos cognitivistas. A análise mecanicista foca na descrição dos mecanismos neurofisiológicos, buscando-se a relação destes com o comportamento e fundamentando-se na análise de estratégias de pesquisa propriamente neurocientíficas (ZILIO, 2013).

escolha livre.

Perceba-se que, na AED Comportamental, busca-se alterar o comportamento de pessoas através da alteração das contingências e do ambiente, valendo-se de supostos vieses cognitivos, mas indica-se a preservação da liberdade de escolha. Ora, se esta mudança ocasionou uma alteração de comportamento de forma “inconsciente”, onde que estaria o suposto livre arbítrio? A resposta estaria não na existência deste, mas sim na ausência das emoções aversivas resultantes de um excesso de punição ou de uma relação exploratória.

Pode-se, a fim de dar alguma concretude a este pensamento, realizar a comparação de alguns dos vieses tratados neste trabalho sob a nova perspectiva sugerida. O viés de aversão à perda, por exemplo, muito provavelmente é resultante de um histórico de contingências em que perdas foram severamente punidas (com a supressão de estímulos reforçadores ou imposição de estímulos aversivos), enquanto ganhos foram reforçados. Assim, não só a perda em si causou um efeito de punição, mas muito provavelmente as pessoas com que o indivíduo interagiu acentuaram, por meio de comportamentos verbais, a reprovabilidade do ato que acarretou na perda. Uma prática nesse sentido de forma mais homogênea na sociedade é capaz de explicar a razão de a maior parte dos indivíduos submetidos aos experimentos ter sido constatada como possuidora de aversão à perda.

Da mesma maneira, podemos tratar o viés da miopia ou do desconto hiperbólico¹⁹. O conceito de armadilhas de reforço (*reinforcement traps*) é capaz de explicar a razão de o ser humano focar nas consequências de curto prazo em detrimento das de longo prazo sem se socorrer a qualquer viés cognitivo.

As armadilhas de reforço são aquelas situações em que determinado comportamento é reforçado nos seus efeitos de curto prazo, mas, com o passar do tempo, estímulos fortemente aversivos passam a surgir, superando os estímulos reforçadores dos atos praticados (BAUM, 2005). Assim, segundo Baum (2005), aquilo que as explicações mentalistas comumente chamam de autocontrole nada mais é do que a pessoa que, ciente dos estímulos aversivos suportados no longo prazo, abre mão dos reforços que angariaria de forma mais imediata. É esse condicionamento pelos reforços imediatos que seria o responsável pelo chamado desconto hiperbólico.

As armadilhas também podem explicar a falácia do custo afundado.²⁰ Como narrado por Kahneman (2012, p. 433), tal falácia manteria as pessoas engajadas em projetos insuscetíveis de sucesso, pois o tempo e outros fatores investidos na empreitada afetam de forma determinante uma eventual desistência. Ora, para isso não é preciso se socorrer à figura de um Sistema 1 atuante, podendo ser explicado por reforços imediatos que mantêm as pessoas no caminho trilhado, como, por exemplo, a evitação de um estímulo aversivo decorrente da

¹⁹ Para mais informações acerca dos descontos hiperbólicos, vide Tabak (2015); Winkler (2006), Karp (2005); e Revesz e Livermore (2008).

²⁰ Segundo a teoria econômica clássica, se um prejuízo já está consumado (custo afundado), ele não deve ser levado em conta para a tomada de decisão posterior. Porém, Kahneman (2012) demonstra que as pessoas são influenciadas pelo custo afundado ao tomar decisões, principalmente pela existência de contabilidades mentais e aversão à perda.

desistência (a reprovação social do ato de desistência, por exemplo, ou a admissão de um prejuízo, que deveria ser tratado pelos Econs como custo afundado) ou mesmo por estímulos reforçadores que recompensam cada etapa da empreitada (o sucesso de pequenas etapas, ainda que insuficientes para o êxito final, podem ser estímulos reforçadores poderosos resultantes de um histórico de condicionamento, assim como comportamentos verbais reforçadores que busquem recompensar o empenho, persistência, perseverança ou qualquer outra característica que mantenha a pessoa empenhada).

Enfim, tais explicações ilustram a utilidade das constatações realizadas pela economia comportamental e, consequentemente, defendidas pela AED Comportamental, as quais podem e devem ser consideradas e utilizadas pela ACD. Ademais, os *nudges* defendidos pela AED Comportamental nada mais são do que a alteração do ambiente ou das contingências que afetam o comportamento humano pelo Direito em prol do benefício dos indivíduos e da vida em sociedade (RACHLIN, 2015), justamente um papel que cabe à técnica jurídica numa análise comportamental do Direito.²¹

Não se defende aqui, desse modo, a inutilidade dos preceitos trazidos pela AED Comportamental. Pelo contrário, toda a gama de experimentos realizados com base nessa disciplina é extremamente útil e válida, e que pode auxiliar em uma teoria jurídica pautada no behaviorismo. Por outro lado, a ACD, incorporando as descobertas empíricas da AED Comportamental e passando a focar no ambiente (e não em processos mentais) pode encaminhar o debate para uma análise jurídica mais efetiva e geral da sociedade.

CONCLUSÃO

Como analisado no bojo do presente trabalho, a AED Comportamental trouxe um grande avanço em relação à AED clássica, pois rompeu com uma premissa que em certos casos se mostra falsa, que pressupunha uma racionalidade humana incompatível com o mundo real. Porém, é preciso avançar rumo a uma teoria mais generalizante do comportamento e com maior capacidade de auxiliar em uma regulamentação jurídica.

Reservar explicações atreladas à economia para os atos mais abstratos regulados pelo Direito é uma primeira medida de acerto. Assim, a análise estrutural de determinado sistema normativo ou política pública, a tentativa de desvendar custos e benefícios inerentes, a construção hipotética de um sistema de incentivos normativos, dentre outras análises, são funções que podem ser bem desempenhadas ao se usar a AED clássica.

²¹ Mesmo quando se trata da neurociência (e não do conceito abstrato de mente), Skinner (2003, p. 30) já alertava para eventuais limitações, as quais são ainda mais pertinentes quando se observa a forma de atuar e os limites do sistema jurídico: “Contudo, devemos notar aqui que não temos, e poderemos não ter nunca, esta espécie de informação neurológica no momento em que necessitamos dela para prever um exemplo particular de comportamento. É ainda menos provável que sejamos capazes de alterar

Contudo, os atos que dependem de efetivo comportamento objeto de regulação devem se pautar em uma abordagem psicológica consistente, deixando-se de lado um modelo estrito de homem racional, que pode levar a uma errônea conclusão sobre a influência de determinada norma sobre certo ato da vida em sociedade. E, dessa forma, abandonar a premissa da psicologia cognitiva é um primeiro passo rumo ao aperfeiçoamento de uma teoria geral do comportamento aplicada ao Direito, com foco nas causas ambientais de determinado agir e como o sistema jurídico pode nelas interferir, valendo-se de práticas culturais para explicar comportamentos mais ou menos homogêneos.

A utilização de métodos experimentais para a obtenção de padrões de comportamento é mais que salutar e, por isso, os resultados encontrados pela AED Comportamental devem ser considerados e utilizados pela ACD, que deve continuar se empenhando para a coleta de mais dados experimentais. O que deve ser suprimida é a explicação mentalista que está por trás da AED Comportamental, mas suas descobertas são de inegável importância para a construção da nova teoria.

Porém, conciliando-se todo o avanço já obtido pela AED Comportamental, a ACD pode ser uma ferramenta poderosa para levar adiante a bandeira já defendida dos *nudges*, porém pautadas agora numa teoria geral do comportamento robusta e consistente, agregando força persuasiva às defesas já contidas no âmbito da AED Comportamental.

Ademais, o conceito de análise da rede de comportamentos entrelaçados, embutida na ACD, pode ajudar em um campo não abordado pela AED Comportamental, possibilitando que se entenda determinado comportamento conforme ou desconforme o ordenamento como fruto de um conjunto complexo de ações de pessoas (inseridas ou não em organizações) responsáveis pelo incremento de contingências abstratamente previstas. Assim, pode-se alcançar um importante diagnóstico de falha sistêmica na implementação das normas, diante dessa visão abrangente do problema jurídico.

Portanto, para que uma teoria da justiça seja passível de implementação prática na sociedade, deve-se preocupar, também, de que modo as regras jurídicas interferirão no comportamento dos indivíduos. E, para isso, a adoção de uma adequada teoria do comportamento humano é um passo anterior essencial, discussão que o presente trabalho explicitou e tentou mostrar a sua importância para os debates acerca do Direito e da justiça.

o sistema nervoso diretamente para estabelecer as condições antecedentes a um dado caso. As causas a serem buscadas no sistema nervoso são, destarte, de utilidade restrita de um comportamento específico”.

BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS ANALYSIS *VERSUS* BEHAVIORAL ANALYSIS OF LAW: THE NEED FOR A LEGAL THINKING UNDER A GENERAL THEORY OF BEHAVIOR

Abstract

The adoption of the Behavioral Analysis of Law (BAL) coupled with the Behavioral Law and Economics Analysis (BLE) brings an advantage to the thinking of the legal system, endowing it with a robust general theory about human behavior (behaviorism). The BLE has the merit of identifying that the classic model of Law and Economics Analysis, which is based on the rational choice theory, is not always consistent with empirically collected data. However, the absence of a general theory of behavior and the adoption of theoretical premises (derived from cognitive psychology) that withdraw the focus of the causes in which Law can really act (environment and contingencies) might weaken the potential contribution to Law that the experiments performed in the discipline possess, making it subject to criticism. Thus, BAL, as it is compatible with the results of the numerous experiments accomplished within the framework of the BLE, can add value to the former, enhancing the contributions in a way that enables the Law to better regulates life in society, as well as for the improvement of public policies.

Keywords: Behavioral Analysis of Law; Behaviorism; Behavioral Law and Economic Analysis; Economic Analysis of Law; cognitive psychology.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Julio Cesar de. *Sobre o conceito analítico-comportamental de norma jurídica*. 2015. No prelo.
- _____. Análise comportamental do Direito: uma abordagem do Direito como ciência do comportamento humano aplicada. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Nomos)*, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 245-273, 2014.
- _____. Passos para uma abordagem evolucionária do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 9-38, 2015.
- _____. *As regras como unidades básicas da seleção cultural*. 2015. No prelo.
- _____. O Direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 37, n. 2, p. 245-273, 2013.

ARIELY, Dan. **Positivamente racional**: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas; tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **Predictably irrational**: the hidden forces that shape our decisions. Nova York: HarperCollins Publishers, 2008.

BAUM, William M. **Understanding behaviorism**. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2005.

CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George. Behavioral economics: past, present, future. In: CAMERER, Colin F.; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew. **Advances in behavioral economics**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 1-61.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**; tradução: Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ENGEL, Christoph. Behavioral law and economics: empirical methods. **Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods**, Bonn, p. 1-19, jan. 2013.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e Direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 139-157.

HAREL, Alon; SEGAL, Uzi. Criminal law and behavioral economics: observations on the neglected role of uncertainty in deterring crime. **American Law and Economics Review**, v. 1 n. 1/2, p. 276-312, 1999.

HAYDEN, Grant M; ELLIS Stephen E. Law and economics after behavioral economics. **Kansas Law Review**, v. 55, p. 629-675, 2007.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through law. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 35, p. 199-241, jan. 2006.

JOLLS, Christine. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar; tradução: Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KARP, Larry. Global warming and hyperbolic discounting. **Journal of Public Economics**, n. 89, p. 261-282, 2005.

KOROBKIN, Russell. What comes after victory for behavioral law and economics? **University of Illinois Law Review**, n. 5, p. 1653-1674, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

MITCHELL, Gregory. Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence. **Georgetown Law Journal (forthcoming)**, working paper n. 49, Apr. 2002.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Fronteiras da teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Rational choice, behavioral economics, and the law. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1551-1575, 1998.

RABIN, Matthew. Psychology and economics. **Journal of Economic Literature**, v. 36, n. 1, p. 11-46, mar. 1998.

RACHLIN, Howard. Choice architecture: a review of why nudge: the politics of libertarian paternalism by Cass R. Sunstein. **Journal of the Experimental Analysis of Behavior**, n. 9999, p. 1-6, Oct. 2015.

RACHLINSKI, Jeffrey J. The psychological foundations of behavioral law and economics. **University of Illinois Law Review**, n. 5, p. 1675-1696, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. New York: Oxford University Press, 2008.

SKINNER, B. F. Seleção por consequências; tradução: Carlos Renato Xavier, Paulo Guerra Soares e Sérgio Cirino. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, v. 9, n. 1, p. 129-137, 2007.

_____. **Ciência e comportamento humano**. Tradução: João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O comportamento verbal**. Tradução: Mara da Penha Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1978.

_____. Porque eu não sou um psicólogo cognitivista. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**, v. 3, n. 2, p. 307-318, 2007.

_____. **Sobre o behaviorismo**. Tradução: Maria da Penha Villalobos. 7. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. **American Law and Economics Review**, n. 12, p. 115-157, 1999.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 205, p. 321-346, 2015.

TODOROV, João Claudio. A Constituição como metacontingência. **Psicologia, Ciência e Profissão**, p. 9-13, 1987.

_____. João Claudio. Laws and the complex control of behavior. **Behavior and Social Issues**, n. 14, p. 86-91, 2005.

WINKLER, Ralph. Does 'better' discounting lead to 'worse' outcomes in long-run decisions? **Ecological Economics**, n. 57, p. 573-582, 2006.

WRIGHT, Joshua D. Behavioral law and economics, paternalism, and consumer contracts: an empirical perspective. **NYU Journal of Law & Liberty**, v. 2, p. 470-511, 2007.

ZILIO, D. **Análise do comportamento e neurociências**: em busca de uma possível síntese. 2013. 381 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

Trabalho enviado em 09 de novembro de 2017

Aceito em 12 de janeiro de 2019