

Quem é o sujeito de direito? A construção científica de um conceito jurídico*

Pedro Jimenez Cantisano**

1. Introdução

Quando uma lei é elaborada e toda vez que a lei é interpretada – por juízes, advogados, funcionários públicos e cidadãos em geral – encontra-se subjacente uma noção de *sujeito de direito*. O *sujeito de direito* é aquele a quem a lei – em sentido amplo – atribui direitos e obrigações, aquele cujo comportamento se pretende regular¹. A pergunta sobre como esse sujeito toma decisões – em última instância, quem ele é – interessa aos juristas sob diversos pontos de vista. Imputabilidade e inimputabilidade, capacidade e incapacidade, deliberação e intuição são conceitos juridicamente relevantes e que se referem a estados mentais, intenções, processos cognitivos, em suma, o que se passa em nossas cabeças quando tomamos uma decisão. Na origem desses conceitos, está o mito da dominação racional de uma natureza interior reprimida, do homem capaz de agir racionalmente sem

* Este artigo foi desenvolvido a partir de pesquisa de iniciação científica realizada entre os anos de 2006 e 2007 no âmbito conjunto da Faculdade de Direito e do Instituto de Medicina Social da UERJ, onde se desenvolve o projeto “O sujeito cerebral: o impacto das neurociências na sociedade contemporânea.” Gostaria de agradecer ao meu orientador, Dr. Francisco Ortega, pelo apoio dispensado até a conclusão de resultados preliminares que renderam ao projeto o Prêmio de Iniciação à Ciência Nalva de Oliveira Caldas, em 2007.

** Master of Laws, University of Michigan; Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. E-mail: picantisano@gmail.com.

1 Segundo Kelsen: “A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres” (KELSEN, 2006, p. 191). Aqui se pretende analisar o *sujeito de direito* enquanto pessoa física, não jurídica.

que as emoções tomem conta do processo decisório². Razão e paixão, mente e corpo, cultura e natureza são dualismos constitutivos da forma como aprendemos a pensar sobre nós mesmos.

Neste artigo, serão observadas práticas científicas em torno do Direito que reproduzem esses dualismos ou que os colocam em xeque, lançando conceitos como razão e emoção em uma zona de indistinção que abre caminho para a crítica do pensamento e, em especial, a crítica do pensamento sobre o Direito. Práticas científicas em torno do Direito nada têm a ver com tentativas de construir uma ciência especificamente jurídica nos moldes kelsenianos³. Trata-se de conhecimento produzido em outras áreas do saber – como a Economia, a Psicologia, a Neurociência e a Biologia – de alguma forma aplicado a estudos empíricos sobre práticas jurídicas e comportamentos juridicamente relevantes.

Não cabe aqui uma exploração filosófica a respeito daqueles códigos binários que, historicamente, estruturam o conhecimento produzido sobre o comportamento humano, ou a respeito do impacto de recentes descobertas científicas no debate filosófico e sociológico em torno de paradigmas antropológicos⁴. Ou seja, não se pretende uma crítica histórica e filosófica sobre a construção discursiva da subjetividade. O que se pretende é simplesmente apresentar práticas científicas que definem modelos comportamentais empregados em estudos normativos sobre o Direito e mostrar como estas práticas representam diferentes formas de pensar o ser humano enquanto *sujeito de direitos e obrigações*.

Nosso ponto de partida será a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics, L&E*), uma prática científica amplamente difundida na pesquisa em Direito nos Estados Unidos e que já tem representantes consolidados na Europa e no Brasil⁵. Os estudos de *L&E* se desenvolvem a partir de um modelo que pressupõe um ser humano racional que, portanto, decide de forma a maximizar seu bem-estar pessoal. O modelo comportamental do

2 HABERMAS, 2002, p. 158.

3 KELSEN, 2006, p. 79.

4 Este tipo de debate é o centro da pesquisa desenvolvida pelo Instituto de Medicina Social da UERJ em conjunto com o Instituto Max Planck, da Alemanha, que tem como objeto um novo paradigma antropológico, denominado “sujeito cerebral”.

5 Alemanha, Holanda e França são alguns dos países europeus onde o *L&E* já se encontra em avançado estágio de desenvolvimento. No Brasil, vale destacar o recente Centro de Pesquisas em Direito e Economia, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

L&E é ponto de partida porque pauta o debate sobre a construção científica do *sujeito de direito*. Esta predominância do *L&E*, aparentemente cada vez mais atrativo aos olhos dos pesquisadores brasileiros, vem sendo colocada em xeque por pesquisas em outras áreas. Se já era intuitivamente quase indiscutível que aquele *homo economicus* estava distante do *homo sapiens*, esse sentimento vem sendo corroborado recentemente por pesquisas empíricas. Limites cognitivos, erros de avaliação, comportamentos instintivos e considerações emotivas constituem a complexa teia de fatores que envolvem a nossa tomada de decisões.

Estudos nas áreas da Psicologia e das Neurociências têm mostrado resultados que parecem delinear os limites empíricos do modelo de escolha racional utilizado pelos autores do *L&E*. Esses estudos procuram testar em indivíduos de carne e osso a idéia de que as pessoas agem de forma a maximizar seu bem-estar pessoal. Os resultados obtidos deram origem a dois modelos comportamentais aplicados ao estudo do Direito que se apresentam como alternativas à escolha racional. O *Behavioral Law and Economics* foi adotado por o que poderíamos chamar de revisionistas dissidentes do *L&E* tradicional. Já a *Evolutionary* ou *Biological Analysis of Law* faz parte de um movimento intelectual completamente apartado que ainda não ganhou notoriedade fora de seu país de origem, os Estados Unidos, mas já reúne uma comunidade acadêmica ativa na realização de pesquisas interdisciplinares e na produção científica⁶.

O presente artigo tem dois objetivos. O primeiro é apresentar ao leitor brasileiro um debate já antigo no meio acadêmico norte-americano. Nesse ponto, *L&E*, *Behavioral L&E* e *Evolutionary Analysis* travam uma disputa cujos vetores são a precisão descritiva do modelo e sua capacidade de prever comportamentos. Assim, veremos como os modelos alternativos criticam o *L&E* tradicional, como este responde às críticas, e como os adeptos do *Behavioral L&E* e da *Evolutionary Analysis* tentam construir modelos de previsão de comportamentos que se aproximam da realidade sem perder uma estrutura racionalmente identificável e generalizável, ou seja, sem perder sua utilidade normativa. O segundo objetivo é mostrar três formas de pensar o *sujeito de direito* com base nas quais as pesquisas científicas sobre

6 Pesquisas na área foram elaboradas em conjunto por diferentes faculdades de direito, departamentos de biologia e laboratórios de neurociências. Um exemplo de esforço conjunto está na Society for Evolutionary Analysis in Law, vinculada aos departamentos de direito e ciências biológicas da Vanderbilt University.

o Direito se desenvolvem. Nesse sentido, este artigo apresenta uma contribuição a respeito da construção da noção de *sujeito de direitos e obrigações* a partir não do Direito propriamente dito, mas da produção científica em torno do Direito. A partir da interpretação desta pesquisa exploratória, poderemos, no futuro, desenvolver uma crítica mais aprofundada da maneira como estudos centrados no modelo racional abordam irrefletidamente o comportamento das pessoas.

2. O sujeito racional: um ponto de partida problemático

O *L&E* é um método analítico, que, em sua vertente normativa, busca responder questões acerca da adequação de normas jurídicas a objetivos socialmente desejáveis, tomando como parâmetros os efeitos dessas normas sobre o comportamento dos indivíduos⁷. Para obter estes resultados, são utilizados modelos, representações simplificadas da realidade, que se caracterizam pela suposição de que os indivíduos são racionais e, portanto, se orientam na maximização de seus interesses pessoais⁸. É essa suposição que garante previsibilidade no comportamento dos indivíduos, possibilitando a generalização em abstrato dos efeitos que as normas jurídicas terão sobre suas ações⁹. Se somos todos racionais, ou seja, decidimos de forma a maximizar nosso bem-estar pessoal, então é possível prever como agiríamos em qualquer situação.

O modelo se fundamenta nas teorias econômicas clássica e neoclássica e abre mão da precisão descritiva em relação a como as pessoas concretamente decidem em cada caso, para ganhar em capacidade de previsão do ponto de vista geral e abstrato. Afasta-se da realidade casuística para construir uma teoria geral explicativa do comportamento humano. Nada mais adequado, portanto, ao tipo de previsão que devemos fazer quando pensamos no impacto de uma nova lei ou decisão judicial reiterada no comportamento das pessoas. Para prever comportamentos generalizados, precisamos de uma teoria geral do comportamento. Desta forma, o *sujeito de direito* é identificado com o *sujeito racional*, cuja conduta deve ser guiada

7 As questões acerca dos efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento dos indivíduos fazem parte da vertente descritiva do *Law and Economics*. (SCHUARTZ, *Paper inédito*)

8 POSNER, 1972.

9 SCHUARTZ, *Paper inédito*.

pela legislação ou decisão judicial em análise, seja ele um consumidor, um agente governamental ou um criminoso.

A aplicação do modelo de escolha racional ao Direito é o ponto de partida do debate. Testes empíricos realizados por cientistas de diversas áreas parecem comprovar que esse modelo, mesmo sendo plausível, se afasta demasiadamente da realidade, gerando distorções significativas em seus resultados. Apropriando-se desses estudos, autores interessados na descrição e previsão de comportamentos para fins jurídicos desenvolveram o *Behavioral L&E* e a *Evolutionary Analysis of Law*, práticas científicas que descartam o *sujeito de direito* enquanto sujeito dotado daquela racionalidade mecânica idealizada nas bases conceituais do *L&E*.

3. Racionalidade limitada: a revisão behaviorista do sujeito

As habilidades cognitivas dos seres humanos não são infinitas. Com base nesta premissa irrefutável, Herbert Simon defende que os indivíduos freqüentemente tomam atalhos no processo decisório que podem servir para reduzir os custos da decisão. Não menos freqüentes são os casos em que essa estratégia os leva a erros na maximização de sua utilidade¹⁰. Para se referir a este fenômeno, Simon cunhou o termo *bounded rationality*.

O conceito de *bounded rationality* foi elaborado para fazer jus à discrepância entre a idéia de *sujeito racional* das teorias econômicas clássica e neoclássica e o modo como os agentes econômicos se comportam na realidade. Para que uma teoria positiva pudesse ser desenvolvida com base nesse conceito, os economistas recorreram aos avanços da Psicologia Cognitiva. A tomada de decisões foi então construída como um processo de escolha seletiva com base na determinação heurística das soluções satisfatórias¹¹.

Entender a tomada de decisões como um processo de *bounded rationality* – que pode ser traduzida por “racionalidade limitada” – significa relativizar ou considerar instáveis elementos do processo decisório que são tomados como dados pelas teorias econômicas centradas no *sujeito racional*. Por exemplo, como os problemas são apresentados e quais problemas são apresentados, as alternativas de escolha diante de um determinado problema e os valores a serem alcançados, ou as preferências dos indivíduos.

10 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1075.

11 SIMON, 2008, p. 4.

os, são alguns dos elementos que não foram problematizados antes e que Simon colocou no centro do debate¹².

Com base no modelo comportamental proposto por Simon, alguns autores do *L&E* tradicional se afastaram do conceito de sujeito racional para elaborar uma concepção *behaviorista* do *L&E* (*Behavioral Law and Economics*)¹³. Sunstein, Jolls e Thaler acreditam que uma análise informada por descobertas sobre o comportamento humano em situações reais pode contribuir de forma significativa para essa corrente de pensamento. Em diversos casos relacionados à criação e aplicação do Direito, estão em jogo comportamentos que não são regidos por leis de mercado, envolvendo situações complexas relativas à psique humana¹⁴.

De fato, quando se está prevendo comportamentos de grandes empresas, para determinar, por exemplo, políticas voltadas para o direito da concorrência ou para a proteção do meio ambiente, o modelo da escolha racional orientada para a maximização da utilidade pode ser adotado sem grandes custos¹⁵. Entretanto, quando o *L&E* busca lidar com ramos do Direito mais delicados, como o direito do consumidor e o direito penal, por exemplo, o conceito de *bounded rationality* seria muito útil – caso seja viável aplicá-lo com rigor – uma vez que permite descrições comportamentais mais precisas. A idéia seria de que o *L&E* tradicional poderia gerar – e, de fato, gerou – resultados aberrantes para a análise econômica de situações juridicamente relevantes envolvendo sujeitos que não possuem todas as informações pertinentes para a tomada de decisões, que decidem sem saber com precisão as conseqüências de suas decisões, que muitas vezes confiam demais na própria sorte e, finalmente, que não se interessam apenas na maximização do próprio bem-estar, muito menos na simples obtenção de lucro financeiro, uma suposição comum no *L&E*. O *sujeito de direito*, portanto, ainda que não seja completamente irracional, enfrenta limites concretos para tomar decisões. Limites que devem ser levados em consideração pelas práticas científicas que pretendem dar suporte normativo à elaboração de legislação e para a tomada de decisões judiciais.

12 SIMON, 2008, p. 5.

13 Aqui, o *behaviorismo* é usado em um sentido restrito ao contexto da teoria da decisão. Entretanto, o conceito originalmente é aplicado a teorias psicológicas.

14 JOLLS, SUNSTEIN & THALER. 1998, p. 1473.

15 Agradeço a Luis Fernando Schuartz - in memoriam - por esta observação.

Autores como Korobkin e Ulen apresentam exemplos de *bounded rationality* que se mostram relevantes para o Direito: (a) *representativeness heuristic*, que consiste na superestimação da relação entre o que algo aparenta ser e o que realmente é; (b) *availability heuristic*, que se manifesta quando um indivíduo erra na estimativa de probabilidade de ocorrência de um dado evento devido a fatores como sua experiência pessoal com aquele evento¹⁶ ou uma maior publicização dele no meio social¹⁷; e (c) *overconfidence*, que nada mais é que o erro causado por demasiado otimismo¹⁸. Estes são motivos para que as decisões sejam tomadas erroneamente em termos de maximização do bem-estar próprio. Entretanto, são extremamente comuns e, portanto, deveriam, segundo os autores, ter influência nas decisões estatais. Por exemplo, a *availability heuristic* mostraria que, em estratégias destinadas a aumentar os custos de cometer crimes, punições que são publicamente mais conhecidas podem ser mais eficientes¹⁹.

Aplicando seu *approach behaviorista* às relações de empréstimo, Sunstein mostra exemplos de *bounded rationality* que, segundo ele, devem ser levados em consideração na escolha da forma de atuação estatal na proteção do consumidor, especialmente para evitar que as pessoas se endividem em grande escala. Segundo o autor, os indivíduos podem apresentar comportamentos como: (a) o *cumulative cost neglect*, que seria a negligência em relação ao impacto cumulativo de vários empréstimos de pequeno valor; (b) a inércia e procrastinação do pagamento, que leva a um aumento do valor das dívidas; (c) o otimismo em excesso – similar à já citada *overconfidence* – de pessoas que se acham aptas a pagar empréstimos quando não são; (d) a miopia para o futuro e problemas de autocontrole, que são resultado do pensamento totalmente orientado para o curto prazo; e (e) o *miswanting*, que é o erro na avaliação das necessidades, levando à compra em excesso. A partir da hipótese de que esses erros podem ser a regra no comportamento dos consumidores norte-americanos, Sunstein debate soluções ligadas à intervenção mais ou menos forte do Estado nas relações

16 Um exemplo disso é o indivíduo que faz uma estimativa acima do normal para a probabilidade de ocorrência de um acidente automobilístico influenciado por uma recente experiência com esta situação.

17 A contínua e ampla publicização de acidentes pode causar o mesmo efeito nas estimativas individuais.

18 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1085-1091.

19 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1089.

de consumo²⁰. Nas palavras do autor: “vamos agora supor que estamos lidando com o *homo sapiens* e não o *homo economicus*”²¹.

Outras críticas direcionadas pelo *behaviorismo* à suposição de racionalidade do *L&E* dizem respeito à influência das normas sociais nos processos decisórios. Estas podem prescrever comportamentos diversos dos racionalmente guiados. Para muitas pessoas, o medo de reprovação social devido à desobediência dessas normas entraria no cálculo racional de maximização do bem-estar. Mas, em outros casos, o indivíduo internalizaria tais normas e agiria em conformidade com elas para não se sentir culpado ou envergonhado. De qualquer maneira, não levar em consideração sua importância na previsão de comportamentos poderia causar evidentes equívocos na elaboração de políticas legislativas e judiciais.

Pesquisas empíricas com o *ultimatum game* revelam facetas interessantes do comportamento humano que mostram o poder – negligenciado pelos teóricos da escolha racional – que as normas sociais exercem sobre os indivíduos. O *ultimatum game* envolve dois jogadores. O jogo consiste na disposição de uma quantia monetária (ex. R\$100,00) para que um dos indivíduos reparta entre ambos. O outro indivíduo tem o poder de decisão para aceitar ou não a divisão proposta pelo primeiro. Caso aceite, a divisão será efetivada. Caso contrário, os dois ficam sem nada. Aplicando-se as suposições de que os envolvidos são indivíduos racionais que maximizam sua utilidade e de que, em geral, as pessoas preferem ganhar mais dinheiro que menos, mesmo que o primeiro indivíduo sugerisse uma repartição extremamente desigual, oferecendo quantia próxima de zero ao segundo (ex. R\$1,00), este, por sua vez, aceitaria, já que sua recusa faria com que os dois perdessem tudo (ex. R\$1,00 é melhor do que nada).

Entretanto, experiências com pessoas de carne e osso mostram que normalmente o primeiro jogador oferece de 40% a 50% da quantia ao outro. Quando oferece menos de 30%, freqüentemente o segundo jogador rejeita a oferta e os dois ficam sem nada. Korobkin e Ulen explicam esses resultados sugerindo que uma norma social em particular faria com que os participantes do jogo se sentissem obrigados a tratar os outros com justiça e desejassem o mesmo tratamento para si. Segundo essa explicação, oferecer 40% ou 50% da quantia significaria obedecer a tal norma social e

20 SUNSTEIN, 2006, pp. 251-253.

21 SUNSTEIN, 2006, p. 251.

recusar ofertas menores que 30% significaria exigir o cumprimento desta norma por parte de outra pessoa²².

Pensando mais concretamente em situações juridicamente relevantes, Korobkin e Ulen apontam estudos de *L&E* que concluíram que, num mercado competitivo, em que sempre são buscados os melhores empregados, proibições de racismo ou sexismo no trabalho se tornariam gradualmente desnecessárias, uma vez que a busca racional pelo melhor empregado afastaria tais práticas. Ou seja, não seria economicamente vantajoso desfavorecer um candidato(a) com base na sua raça ou sexo caso o candidato(a) fosse o mais qualificado para aumentar as possibilidades de sucesso da empresa. Entretanto, o resultado da pesquisa claramente ignora que existem normas sociais que suportam discriminações em diversas sociedades. O agir puramente racional pode ser ofuscado pela internalização de normas sociais perversas²³.

É importante ressaltar que a aplicação desses exemplos de *bounded rationality* faz parte da construção de modelos de análise que podem ser, segundo os que defendem o *behaviorismo*, tão rigorosos quanto o modelo da escolha racional. Não significaria, portanto, relativismo total, nem abandono do *L&E*, mas uma tentativa de aperfeiçoá-lo através de considerações que o aproximem da realidade, o que daria maior precisão às suas previsões comportamentais. O *approach behaviorista* se mostra, portanto, insatisfeito com a demasiada simplificação promovida pelo modelo da escolha racional. Busca recursos de análise como a *bounded rationality*²⁴ a fim de tornar o instrumental analítico do *L&E* mais sensível à complexidade da realidade.

Os adeptos dessa corrente pretendem superar o predomínio das ciências econômicas na análise científica das práticas jurídicas. Nas palavras de Korobkin e Ulen, a intenção seria transformar o *L&E* em *Law and Behavioral Science*²⁵, um termo que incorporaria outras áreas do conhecimento, como a Psicologia, entre as práticas científicas que buscam prever com-

22 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1135. Os autores não usam exatamente esses dados, que foram retirados de testes empíricos mais recentes conduzidos por CHORVAT & MCCABE (2004), mas a explicação ainda se sustenta.

23 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1127

24 Outros fenômenos, como o *bounded willpower* e o *bounded self-interest* figuram entre as contribuições desta abordagem para a Análise Econômica do Direito. Ver JOLLS, SUNSTEIN & THALER. 1998, p. 1479.

25 KOROBKIN & ULEN, 2000, p. 1144.

portamentos juridicamente relevantes. O *sujeito de direito* que é construído por esses autores é mais complexo que um mero decisor racional. Não se apresenta como um indivíduo que mecanicamente escolhe a melhor opção para a maximização do seu bem-estar. Ele tem problemas contextuais como a falta de informações e a pressão exercida por normas sociais, e apresenta atitudes pouco refletidas, como otimismo demasiado e a vontade de comprar coisas que não são de seu interesse. Trata-se de um sujeito que se aproxima mais do ser humano que exerce os papéis jurídicos de consumidor, criminoso, empregado etc.

4. As razões do organismo

O impacto das decisões sobre o futuro do organismo faz com que seja possível que alguns critérios decisórios estejam enraizados, direta ou indiretamente, em seus impulsos biológicos, nas razões do organismo. As influências destes impulsos e das emoções podem ser uma base indispensável da racionalidade²⁶. Com estas afirmações, o neurocientista António Damásio proporciona uma profunda fundamentação para a aplicação da biologia do comportamento aos seres humanos. Em seu estudo da neurobiologia da racionalidade, Damásio resgata nossos impulsos mais elementares para explicar processos de decisão. Seu trabalho faz parte de uma espécie de virada materialista no estudo do comportamento humano. Enquanto economistas faziam suposições generalizantes de que todos decidimos de maneira racional e psicólogos empregavam testes extremamente subjetivos e interpretativos para defender a irracionalidade inerente ao ser humano, Damásio e outros neurocientistas mostraram que é possível observar diretamente as reações físico-químicas que compõem nossas conexões nervosas até chegarmos a uma decisão²⁷. Segundo eles, racional e irracional trabalham juntos neste processo.

Em 2004, a *Royal Society* de Londres publicou uma série de artigos, com o tema *Law and the Brain*, sobre as possíveis influências dos desen-

26 DAMÁSIO, 1996, p. 233.

27 Esta afirmação é controvertida na medida em que também as pesquisas realizadas com imagens do cérebro envolvem interpretações de imagens geradas por computador que comprometem a objetividade dos estudos. Esse é o argumento principal em KULYNYCH, 1997. Entretanto, é possível dizer com precisão que esses estudos são menos influenciáveis por julgamentos subjetivos que estudos realizados no âmbito da Psicologia.

volvimentos recentes das neurociências no estudo do Direito²⁸. A iniciativa reuniu juristas, biólogos, neurocientistas e médicos, que trouxeram à tona a importância das afirmações de Damásio e seus pares para estudos comportamentais destinados à implementação de políticas legislativas e judiciais. A partir da perspectiva das razões do organismo, algumas críticas foram direcionadas ao modelo da escolha racional. O papel das emoções foi revigorado e questões evolutivas foram instrumentalizadas para a previsão de comportamentos que são relevantes para o Direito. A maioria dos artigos foi representada por estudiosos da *Evolutionary Analysis of Law*. Em geral, esses autores viram nas descobertas neurocientíficas uma base empírica para criticar a idéia de racionalidade sustentada pelo L&E e para defender uma concepção materialista de um ser humano totalmente identificado com seus instintos evolutivos enquanto animal.

4.1 Críticas à escolha racional

Duas críticas fundamentais são direcionadas pelo novo movimento à utilização de teorias econômicas para prever comportamentos. Em primeiro lugar, seus representantes alegam que os economistas são relutantes em explorar o conteúdo das preferências individuais. Suposições muito simplistas são feitas sobre este conteúdo. A mais comum delas é a preferência pelo dinheiro²⁹.

A primeira crítica se fundamenta nos resultados empíricos do já citado *ultimatum game*. Enquanto os adeptos do *Behavioral L&E* explicam os resultados “justos” do *ultimatum game* invocando a existência de uma norma social que exige dos participantes determinado tipo de conduta, os críticos da escolha racional que se apóiam em estudos neurocientíficos descrevem esses resultados como um problema pertinente às preferências individuais e à influência das emoções na tomada de decisões. Como já foi exposto, neste jogo, quando o segundo jogador aceita a divisão monetária proposta pelo primeiro, esta é efetivada, e quando ele não aceita, os dois ficam sem nada. Sujeitos racionais, nessa situação, maximizariam sua capacidade de lucrar oferecendo pouco e aceitando pouco já que, na suposição simplista do modelo clássico, qualquer centavo é melhor do que nada. Porém, a oferta média fica entre 40% e 50% do valor e quando é feita abaixo de 30%

28 ROYAL SOCIETY, 2004.

29 O'HARA, 2004, p. 1678. Como será visto na parte 4, esta premissa é rebatida pelo *Law and Economics*.

o segundo jogador costuma recusar, deixando ambos sem nada. A mensagem passada por esses resultados seria a de que, em certas circunstâncias, nada é melhor que qualquer centavo.

Análises de imagens cerebrais mostram que ofertas injustas ativam áreas do cérebro relacionadas às emoções³⁰. Chorvat e McCabe sugerem que nestes momentos surge um conflito cognitivo entre aceitar o dinheiro e o desejo emocional de ser tratado com justiça³¹. De fato, os relatos de Damásio sobre seus pacientes com lesões na parte frontal do cérebro revelam uma íntima relação entre a tomada de decisões e as emoções. Estes pacientes demonstram, ao mesmo tempo, indiferença emocional e incapacidade de decisão, apesar de suas habilidades cognitivas e motoras permanecerem intactas³². Este fato pode sugerir que, enquanto a capacidade cognitiva trabalha para identificar opções de ação, – o que de fato ocorria com os pacientes, capazes de elencá-las com precisão – as emoções desempenham o papel de alertar para a importância de uma ou algumas delas, contribuindo substancialmente para o processo decisório³³. Para explicar a influência das emoções, Damásio elaborou a hipótese do marcador-somático, que, em suas palavras, é um estado corporal que “faz convergir a atenção para o resultado negativo a que a ação pode conduzir e atua como um sinal de alarme automático que diz: atenção ao perigo decorrente de escolher a ação que terá este resultado”³⁴. Essa influência colocaria em dúvida o modelo simplificador de racionalidade da Análise Econômica do Direito. No caso do *ultimatum game*, os marcadores-somáticos dos indivíduos testados poderiam ter acionado um alarme negativo que, se pudesse ser expresso linguisticamente, alertaria: “isso é injusto!”

30 Cabe ressaltar que estudos recentes indicam que as funções cerebrais não ocorrem em setores específicos, mas em diversas partes coordenadas do cérebro ao mesmo tempo. Entretanto, alguns setores, como o cortex frontal, são notadamente mais ativados em momentos relacionados às emoções. Ver DAMÁSIO, 1996, p. 121.

31 CHORVAT & MCCABE, 2004, p. 1731.

32 Sobre a relação entre capacidade emotiva e capacidade decisória, ver a intrigante descrição dos testes feitos por Damásio e sua equipe com o paciente Elliot (DAMÁSIO, 1996, p. 70-76).

33 GOODENOUGH & PREHN, 2004, p. 1717.

34 DAMÁSIO, 1996, p. 205. Em conversa recente com o neurocientista Jorge Moll, fundador e coordenador da Unidade de Neurociência Cognitiva e Comportamental da Rede Labs D’Or de hospitais, durante um seminário na Faculdade de Direito da UFRJ, fui informado de que as teses básicas de Damásio ainda se sustentam nas pesquisas mais modernas do processo de tomada de decisões.

A segunda crítica dos movimentos biologicamente informados ao modelo do *L&E* diz respeito a limitações da racionalidade. Neste sentido, algumas das análises se aproximam do approach *behaviorista*, uma vez que se referem a fenômenos cognitivos como os problemas do viés otimista e da aversão à ambiguidade³⁵, incluídos no conceito de *bounded rationality* acima exposto. Damásio, por exemplo, identifica o fenômeno da miopia para o futuro, citado pelos autores *behavioristas* como manifestação de *bounded rationality*, com as mesmas lesões que prejudicam as emoções e as decisões. Segundo o relato do autor, os pacientes com lesões na parte frontal do cérebro “são em grande parte controlados pelas perspectivas imediatas e revelam-se, na verdade, insensíveis ao futuro”³⁶.

Outros aspectos desta segunda crítica partem do ponto de vista evolutivo. Algumas irracionalidades poderiam ser fruto do descompasso entre escolhas orientadas racionalmente por um cérebro adaptado a ambientes ancestrais e as novas condições ambientais que o indivíduo encontra. Owen Jones se refere a este fenômeno como *time-shifted rationalities*³⁷. O instinto de retaliação pode ser um exemplo deste descompasso. O indivíduo racional ignora as perdas já consumadas para seguir em frente. Porém, na prática, as pessoas exibem comportamentos vingativos, que, apesar de não serem racionais nas condições atuais, podem ter sido essenciais para a sobrevivência no passado³⁸.

4.2 Aplicações do novo modelo

Além de criticar o modelo de escolha racional, a *Evolutionary Analysis*, assim como o *Behavioral Law and Economics*, também se pretende capaz de gerar conclusões normativas para o estudo do Direito. A maior parte das contribuições apresentadas pelos autores se dedica a explicações evolutivas de comportamentos juridicamente relevantes. Propriedade intelectual e direito de família são algumas das áreas que já foram objeto de estudos interdisciplinares com base na Biologia do comportamento.

Goodenough e Prehn sugerem que algumas regras – como o respeito à propriedade tangível alheia – existem em nossos códigos articulados e em

35 O'HARA, 2004, p. 1679.

36 DAMÁSIO, 1996, p. 249.

37 JONES, 2004, p. 1705.

38 POSNER, 1998, p. 1551.

nosso senso de justiça, emocional e intuitivo. Partem deste pressuposto para elaborar uma hipótese explicativa para o desrespeito corrente às regras que protegem a propriedade intelectual. Concluem que pode existir um déficit emocional em relação a tais regras. Um possível motivo seria o fato de que o uso da propriedade intelectual alheia não consome totalmente seu objeto, não impedindo outros de usá-lo. O mesmo não ocorreria com a propriedade tangível, que estaria enraizada em um instinto primitivo de propriedade, parte do nosso senso de justiça. A solução seria convencer as pessoas de que violações dos direitos de propriedade intelectual são sérias injustiças, ativando seus sistemas emocionais³⁹.

Em outra contribuição prática, a *Evolutionary Analysis of Law* utiliza o conceito de *inclusive fitness* para explicar determinados comportamentos supostamente altruístas. Do ponto de vista genético e evolutivo, este conceito significa a maximização do número de cópias dos genes através da maximização do número de criaturas que os carregam⁴⁰. Por exemplo, Jeffrey Stake garante que a incerteza que envolve a paternidade e a certeza da maternidade fazem com que as mães sejam mais propensas a deixar seu patrimônio para os filhos do que os pais. O mesmo ocorreria com avós maternos em comparação a avós paternos. Outra consequência da *inclusive fitness* seria a tendência de os maridos conferirem em testamento a maior parte de seus bens a suas esposas, esperando que elas deixem de gastar muita energia arrecadando recursos para elas mesmas e possam gastar seu tempo contribuindo para o desenvolvimento dos filhos. O fenômeno se revelaria também na grande quantidade de acordos pré-nupciais feitos para proteger os filhos do primeiro casamento⁴¹. Na prática, diversos ordenamentos jurídicos buscam tutelar a esposa e os filhos na regulamentação do direito sucessório⁴².

Em oposição ao foco na *inclusive fitness*, Morris Hoffman desenvolve um conceito de altruísmo egoísta. Segundo este autor, o modelo com base nos genes falha em casos de altruísmo entre pessoas sem parentesco. A Biologia evolutiva pode explicar este fenômeno quando atesta que um comportamento *a priori* meramente altruísta pode ser parte de uma es-

39 GOODENOUGH & PREHN, 2004, p. 1721.

40 POSNER, 1998, p. 1561.

41 STAKE, 2004, p. 1771.

42 No Brasil, os artigos 1845 e 1846 do Código Civil de 2002, que definem a legítima, apontam para esta tendência.

tratégia adaptativa maior em um contexto social. Um dos tipos do *return effect altruism*, termo criado por Hoffman para designar o fenômeno, seria a tradicional simbiose⁴³. Hoffman não recorre às emoções para explicar os já mencionados resultados aparentemente altruístas obtidos em pesquisas empíricas com o *ultimatum game*. Segundo o autor, as preferências por um tipo generalizado de equidade seriam produtos adaptativos de pressões evolutivas. Conclui que, apesar de a economia clássica não ser capaz de prever tais comportamentos, eles são inteiramente racionais do ponto de vista evolutivo⁴⁴.

O *sujeito de direito* construído pelos modelos da Biologia do comportamento está distante do *sujeito racional* do L&E e se aproxima em determinadas características – como a miopia para o futuro, por exemplo – do sujeito idealizado no approach *behaviorista*. Trata-se de uma concepção de subjetividade baseada nos impulsos naturais, biológicos e evolutivos, dos seres humanos, construída a partir não apenas da observação do comportamento animal, mas também de pesquisas neurocientíficas. Como foi possível perceber, estes modelos aparentemente garantem a conjugação desejável entre relativa precisão descritiva e suficiente capacidade de prever comportamentos. Seria perfeitamente previsível, por exemplo, o comportamento de um indivíduo guiado pela *inclusive fitness* ou pelo *return effect altruism*.

5. Escolha racional e rigor teórico

Os defensores da escolha racional também se ocupam em explicar os resultados do *ultimatum game*. Os problemas empíricos da teoria só podem ser sustentados quando os conceitos de “preferência pessoal” ou “bem-estar individual” são totalmente identificados aos lucros financeiros. Na realidade, esses conceitos têm justamente a função de abrigar quaisquer preferências ou concepções particulares do que seja uma vida boa ou em que consiste a felicidade dos agentes. Portanto, fatores como o “senso de justiça” podem fazer parte das preferências dos indivíduos estudados⁴⁵. Assim, quando os jogadores do referido jogo buscam condutas justas, como oferecer uma quantia próxima a 50% do valor em jogo ou recusar qualquer

43 HOFFMAN, 2004, p. 1670.

44 HOFFMAN, 2004, p. 1671.

45 SCHUARTZ, *Paper inédito*, p. 2.

quantia que seja muito abaixo desta medida, podemos explicá-las simplesmente supondo que estas foram escolhas maximizadoras de seu bem-estar pessoal, uma vez que faz parte de sua concepção de bem-estar pessoal a intenção de fazer justiça ou de ser tratado justamente.

As condutas altruístas também podem ser explicadas com base na escolha racional. Basta que seja usado o conceito de *utilidades interdependentes*, onde o bem-estar de um indivíduo pode ter entrada positiva na utilidade de outro. Desta forma, a maximização do bem-estar deste inclui a maximização do bem-estar daquele⁴⁶. Portanto, não seria preciso reformar o modelo para abrigar este tipo de decisão. Se o bem-estar de outra pessoa tem um impacto relevante no meu próprio bem-estar, nada mais racional que um comportamento altruísta em relação àquela pessoa.

Em sua resposta à abordagem *behaviorista*, Richard Posner esclarece o que significa ser racional: escolher os melhores meios para seus fins, seja esta escolha consciente ou não. Acrescenta que, há muito tempo, o L&E abandonou o modelo da hiperracionalidade egoísta. Assim, muitos *insights* de Sunstein e companhia já fariam parte da corrente tradicional. Por exemplo, casos de suposta *bounded rationality* são assimilados pela escolha racional como diferenças entre preferências. Posner acrescenta que as preferências podem ser irracionais e, entretanto, maximizadas por escolhas racionais⁴⁷. Escolhas racionais de preferências irracionais não podem ser confundidas com escolhas irracionais. O autor conclui que o *behaviorismo* desiste muito cedo do modelo de escolha racional, efetivamente capaz de prever comportamentos⁴⁸.

Entre todas as considerações de Posner sobre o “*behaviorismo*”, a mais importante diz respeito à capacidade desta corrente enquanto teoria. Nessa construção teórica, a precisão descritiva é perseguida ao custo do poder de previsão. Como observa o autor, normalmente, o comportamento do indivíduo do modelo da escolha racional é perfeitamente previsível. Entretanto, o indivíduo da análise *behaviorista*, apesar de se aproximar de uma descrição realística do homem – e justamente por este motivo -, é extremamente imprevisível.

46 POSNER, 1998, p. 1557 e POSNER, 1972.

47 O autor fornece um exemplo curioso: O indivíduo pode preferir comer a lagosta que já viu cozinhada a comer uma lagosta que viu viva, apesar de o resultado final ser o mesmo: comer lagosta. (POSNER, 1998, p. 1553).

48 POSNER, 1998, p. 1556.

O *sujeito behaviorista* é complexo como a realidade. Uma mistura confusa de comportamentos racionais e irracionais. Nos exemplos dados no item 3 acima, temos a construção de um sujeito que decide com informações limitadas, é confiante em excesso, tem problemas de autocontrole, não consegue definir suas próprias necessidades com precisão, pensa apenas a curto prazo e ainda é influenciado por normas sociais que, muitas vezes, podem ser perversas. Numa dada situação, ele pode fazer quase qualquer coisa, minando a capacidade de previsão do modelo⁴⁹. Ele é real demais para fazer parte de uma teoria do comportamento que se pretenda normativa em relação às práticas legislativas e judiciais do Estado. Para que a prática científica em torno do Direito se sustente metodologicamente, é preciso elevar o *sujeito de direito* a um grau de abstração máximo, de maneira que comportamentos diferentes do esperado sejam explicados como preferências irracionais ou simplesmente falhas residuais do modelo.

Portanto, a abordagem do *Behavioral L&E* pode ser um poderoso instrumento de identificação das falhas empíricas da escolha racional, mas não uma teoria alternativa. Sua incapacidade enquanto teoria reside justamente em seu caráter residual, puramente empírico⁵⁰. Por outro lado, segundo Posner, a Biologia Evolutiva, pode ser útil à análise de comportamentos juridicamente relevantes. Em defesa do conceito de racionalidade enquanto escolha dos melhores meios para seus fins, o autor constrói um modelo que, segundo ele, pode até mesmo abarcar o componente emocional, identificado empiricamente pelos neurocientistas. Desta forma, o trabalho da *Evolutionary Analysis of Law* – uma estratégia alternativa ao *Behavioral L&E* – poderia expandir o conceito de racionalidade para englobar comportamentos que os behavioristas classificam como irracionais⁵¹.

Apesar do aval de Posner, a *Evolutionary Analysis* não é isenta de críticas. Algumas delas, contundentes, colocam em xeque a relevância dessas práticas científicas para o Direito. O melhor exemplo é o ataque de Leiter e Weisberg, que vai além da mera contestação do rigor metodológico da disciplina. Os autores problematizam o valor prático de explicações etiológicas dos comportamentos humanos. Como foi visto no item 4.2 acima, a *Evolutionary Analysis* é capaz de explicar as origens genéticas de compor-

49 POSNER, 1998, p. 1559.

50 POSNER, 1998. p. 1560.

51 POSNER, 1998, p. 1563.

tamentos, por exemplo, relacionados ao desrespeito à propriedade intelectual e à alocação de heranças entre descendentes homens e mulheres. No entanto, segundo os críticos, “as abordagens bem confirmadas dizem respeito a comportamentos irrelevantes para o Direito, enquanto que abordagens relevantes para o Direito não são bem confirmadas pelos padrões biológicos aceitáveis”⁵². Por um lado, os cientistas não são capazes de fornecer informações sobre comportamentos que poderiam ser alterados a partir da influência de normas jurídicas. Por outro, muitas das abordagens conectam explicações evolutivas a comportamentos atuais sem o rigor metodológico aplicável às ciências da natureza.

Dadas as dificuldades apresentadas pelas abordagens behaviorista e evolutiva, seria mais fácil defender o *sujeito racional* como parâmetro para o estudo científico do Direito. Parece não haver dúvidas de que, para a previsão controlada e generalizada de comportamentos juridicamente relevantes, supor o *sujeito de direito* como um agente que maximiza seu bem-estar ou escolhe os melhores meios para os fins que deseja é um caminho que pode ser aceito sem maiores custos. Entretanto, até que ponto essa conclusão é fruto de uma análise metodológica descomprometida – como pretende Posner – é uma questão difícil de ser respondida.

6. Conclusão

Neste artigo não se procurou uma discussão filosófica sobre a questão a respeito de como nós decidimos, mas apenas apresentar um debate entre práticas científicas em torno do Direito que nos fornecem três maneiras diferentes de pensar o ser humano como *sujeito de direitos e obrigações*: o *sujeito racional*, o *sujeito behaviorista* e o *sujeito evolucionista*. Mostrou-se que o debate não se desenvolve no plano ontológico e sim a partir da tensão entre a aproximação das teorias com a realidade e a capacidade de prever comportamentos generalizados.

Dentro desse debate, o argumento em prol do *sujeito racional* pode ser estruturado da seguinte forma: (1) Os modelos são simplificações da realidade. Eles existem devido à complexidade inerente à descrição e previsão de eventos na natureza; (2) Talvez não exista evento mais complexo e ainda pouco explorado cientificamente que o processo de decisão de um ser humano; (3) É desejável uma aproximação dos modelos com a reali-

52 LEITER & WEISBERG, 2007, p. 21.

dade. Seria impossível aceitar uma forma de pensar nós mesmos que fosse totalmente desconectada das nossas intuições sobre como decidimos; (4) Entretanto, a necessidade de generalização do modelo nos obriga a abrir mão de detalhes que, se não são irrelevantes, resultariam em grande imprevisibilidade; (5) Nesse sentido, o modelo da escolha racional fornece grande capacidade de previsão de comportamentos sem, no entanto, se afastar demasiadamente das nossas intuições sobre como decidimos.

A abertura crítica deixada pela presente exploração superficial das práticas científicas que são aplicadas como instrumentos de análise do Direito pode ser identificada a partir dos pontos (3) e (5) do argumento em prol do modelo centrado no sujeito racional. Seria impossível aceitar um modelo antropológico que fosse totalmente desconectado das nossas intuições sobre nós mesmos e o sujeito racional não se afasta demasiadamente de como imaginamos a nossa tomada de decisões. Porém, e se as nossas intuições estão completamente equivocadas, como pesquisas empíricas na Psicologia e nas Neurociências vêm mostrando? Ainda assim a escolha racional se sustenta? E se continuarmos dispostos a defender esse modelo, o fazemos por motivos metodológicos e práticos, como reza o argumento, ou pela incapacidade de admitirmos nossas limitações? Quais seriam as conseqüências da crítica ao “mito da razão” – nos moldes da Dialética do Esclarecimento, por exemplo⁵³ – para esse tipo de pesquisa? Essas são perguntas que só poderão ser respondidas em trabalho futuro e aprofundado.

7. Referências bibliográficas

- ADORNO, T. e HORKHEIMER, M. *Dialética do Esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- CHORVAT, T. e MCCABE, K. *The brain and the law*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1727-1736.
- DAMÁSIO, Antônio R. *O Erro de Descartes*. Emoção, Razão e o Cérebro Humano. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- GOODENOUGH, O. R. e PREHN, K. *A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1709-1726.

53 ADORNO & HORKHEIMER, 1985.

- HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOFFMAN, Morris B. *The neuroeconomic path of the law*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1667-1676.
- JOLLS, C., SUNSTEIN, C. R. e THALER, R. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, maio 1998.
- JONES, Owen D. *Law, evolution and the brain: applications and open questions*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1697-1707.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KOROBKIN, R. B. e ULEN, T. S. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review*, vol. 88, n. 4, jul. 2000.
- KULYNYCH, Jennifer. *Psychiatric Neuroimaging Evidence: A High-Tech Crystal Ball?*, *Stanford Law Review*, Vol. 49, No. 5. (May, 1997), pp. 1249-1270
- LEITER, Brian e WEISBERG, Michael. *Why Evolutionary Biology is (so far) Irrelevant to Law*. *Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 89. The University of Texas School of Law, October 2007.
- O'HARA, Erin Ann. *How neuroscience might advance the law*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1677-1684.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1972.
- _____. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, *Stanford Law Review*, vol. 50, n. 5, maio 1998.
- ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1659-1809.
- SIMON, Herbert. *Introductory Comment*. In: EGIDI e MARRIS (eds.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Northampton: Edward Elgar, 1992.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. *Fundamentos da Análise Econômica do Direito*. Parte I: A Escolha Individual. *Paper inédito*.
- STAKE, Jeffrey Evans. *The property "instinct"*. In: ROYAL SOCIETY, *Philosophical Transactions B*, 2004, 359, p. 1763-1774.
- SUNSTEIN, Cass R. *Boundedly Rational Borrowing*, *The University of Chicago Law Review*, 73, 1, winter 2006.

Recebido em setembro/2010

Aprovado em novembro/2010