


Artigos Científicos

A interlocução entre a teoria da ação comunicativa e a tomada de decisão: a influência dos nudges no direito penal

The interlocution between the communicative action theory and the decision-making: the influence of nudges in criminal law

Renata Marafon^I , Priscila Elise Alves Vasconcelos^{II} ,
Ana Flavia Costa Eccard^{III} 

^I Universidade Tecnológica Federal do Paraná , Curitiba, PR, Brasil

^{II} Universidade Federal de Roraima , Boa Vista, RR, Brasil

^{III} Universidade Veiga de Almeida , Cabo Frio, RJ, Brasil

RESUMO

Hodiernamente, o Direito necessita de novas roupagens no que se refere a sua interpretação e argumentação. Nesse diapasão, a filosofia da linguagem teve um papel importante para a hermenêutica jurídica. Habermas desenvolveu a Teoria do Agir Comunicativo, pondo a comunicação em foco, por meio da democracia participativa. Ante essa circunstância, a arquitetura de escolhas vem ganhando espaço em vários ramos do Direito, mas ainda pouco abrangido pelo Direito Penal e Processual Penal. Assim, este estudo tem como objetivo geral a aplicação do conceito de nudges, advindo da Economia Comportamental ao Direito Penal e Processual Penal. Como objetivos específicos há a análise da Teoria do Agir Comunicativo; uma explicação sobre os nudges e como o conceito foi formulado. Por fim, demonstrar-se-á sua aplicabilidade em temáticas, bem como análise de leading cases. Para tanto, a metodologia a ser utilizada é o método dedutivo e pesquisa bibliográfica. Ao final, verificar-se-á a influência dos nudges no discurso jurídico, tanto em termos de legislação, quanto à aplicabilidade por meio do convencimento da parte que decidirá a lide.

Palavras-chave: Sociedade; Argumentação; Nudges; Justiça

ABSTRACT

Nowadays, the Law needs new clothes with regard to its interpretation and argumentation. In this vein, the philosophy of language played an important role in legal hermeneutics. Habermas developed the Theory of Communicative Action, putting communication in focus, through participatory democracy. Given this circumstance, the architecture of choices has been gaining ground in various branches of law, but still little covered by Criminal and Criminal Procedural Law. Thus, this study has the general objective

of applying the concept of nudges, coming from Behavioral Economics to Criminal Law and Criminal Procedure. As specific objectives there is the analysis of the Theory of Communicative Action; an explanation of nudges and how the concept was formulated. Finally, its applicability in themes will be demonstrated, as well as an analysis of leading cases. Therefore, the methodology to be used is the deductive method and bibliographic research. In the end, the influence of nudges on legal discourse will be verified, both in terms of legislation and applicability through convincing the party that will decide the dispute.

Keywords: Society; Argumentation; Nudges; Justice

RESUMEN

En la actualidad, el Derecho necesita nuevos ropajes en cuanto a su interpretación y argumentación. En este sentido, la filosofía del lenguaje jugó un papel importante en la hermenéutica jurídica. Habermas desarrolló la Teoría de la Acción Comunicativa, poniendo la comunicación en el centro, a través de la democracia participativa. Ante esta circunstancia, la arquitectura de elecciones ha ido ganando terreno en diversas ramas del derecho, pero aún poco amparadas por el Derecho Penal y Procesal Penal. Así, este estudio tiene como objetivo general aplicar el concepto de nudge, proveniente de la Economía del Comportamiento al Derecho Penal y Procesal Penal. Como objetivos específicos se tiene el análisis de la Teoría de la Acción Comunicativa; una explicación de los empujones y cómo se formuló el concepto. Finalmente, se demostrará su aplicabilidad en temas, así como un análisis de casos destacados. Por lo tanto, la metodología a utilizar es el método deductivo y la investigación bibliográfica. Al final, se comprobará la influencia de los empujones en el discurso jurídico, tanto en términos de legislación como de aplicabilidad a través del convencimiento de la parte que decidirá la disputa.

Palabras-Clave: Sociedade; Argumentación; Nudges; Justicia

1 INTRODUÇÃO

O Direito, apesar da resistência por muitos legisladores e aplicadores, deve-se amoldar à sociedade contemporânea, aprimorando os recursos e métodos disponíveis a fim de se chegar ao resultado mais vantajoso para as partes envolvidas.

Nesse sentido, a filosofia da linguagem em muito contribuiu ao longo da história para maior entendimento da hermenêutica jurídica. No entanto, referindo-se ao convencimento do juízo a ponto de se conseguir atingir a finalidade da causa por meio de uma pretensão de verdade, costumam ser utilizadas as teorias de argumentação mais eficazes para o alcance dessa meta.

Partindo dessa premissa, Jurgen Habermas desenvolveu a Teoria do Agir Comunicativo¹, colocando a comunicação em posição de destaque como importante fonte de interação social através da crítica à racionalidade instrumental, por meio da

¹ Vale frisar que a mencionada obra não se trata de hermenêutica jurídica.

proposição da utilização de uma racionalidade coletiva, externada pela democracia participativa.

O Direito moderno não tolera mais o positivismo jurídico exacerbado, nem a forma burocrática dos entes estatais (a despeito de o real interesse do sistema burocrático ser a imparcialidade e não a demora nos trâmites, conceito que mais lhe foi atrelado nos últimos tempos), buscando formas mais efetivas, ágeis, práticas, tanto no que envolve legislação em si, quanto à aplicabilidade das penas e execução das sentenças, mostrando-se o encarceramento não mais a única medida suficiente para o que se busca, que é a justiça.

Sob esse prisma, é importante a discussão acerca das tendências atuais à aplicação da argumentação jurídica e, nesse ínterim, aos poucos a arquitetura de escolhas vêm ganhando espaço em vários ramos do direito, mas ainda não se fala muito de sua aplicabilidade em matéria de Direito Penal e Processual Penal.

Portanto, o presente estudo, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, tem como temática central a aplicação do conceito de *nudges*, advindo da Economia Comportamental ao Direito Penal e Processual Penal, partindo, primeiramente, da análise da Teoria do Agir Comunicativo; posteriormente, uma explanação sobre os *nudges* e como o conceito foi formulado e, por fim, demonstrando sua ingerência em temáticas como formas de redução da pena a partir do já existente na legislação, bem como é possível vislumbrá-los de uma forma prática durante a instrução processual.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE JURGEN HABERMAS

Jurgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão que teve seu nome vinculado à Escola de Frankfurt. Nascido em 1929, tem em suas obras uma grande crítica à sociedade industrial moderna, principalmente referindo-se à racionalidade instrumental. A despeito das críticas a esse tipo de racionalidade, a qual perpassa pela

relação meio-fins, Habermas utiliza-se de uma certa positividade ao tentar salvar a razão da complexidade e do pessimismo, comuns aos discursos da época (Gonçalves, 1999).

Para superar essa problematização da racionalidade instrumental, o filósofo desenvolveu a razão comunicativa. Muitas vezes sua teoria é considerada complexa, tratando exclusivamente de abstrações e sem utilidade prática, mas através de ampla base filosófica e sociológica, como Max Weber, Émile Durkheim, George Herbert Mead, Karl Marx, Parsons e os teóricos da Escola de Frankfurt, Habermas sustenta a sua ideia (Palermo, 2014).

Apesar de ligado ao Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, o filósofo não partilhava da mesma linha de pensamento daqueles que criaram e defenderam a Teoria Crítica, em razão de ter origens e orientações diferentes dessa linha de pensamento, utilizando, de outra ordem, a base da antropologia filosófica, hermenêutica, pragmatismo e análise lingüística, principalmente pelos pensamentos de Wittgenstein (Palermo, 2014).

Nas próprias palavras de Habermas, na velha Europa era bastante comum a confusão entre razão prática e prática social, onde, até os estudos de Hegel, a praticidade da razão tinha o intuito de orientar as ações do indivíduo e o direito natural orientava os ditames da correta prática política e social. Contudo, retirando o peso moral da racionalidade e apurando seu conceito linguístico, outros significados advirão, possibilitando novos alicerces à competência e à consciência, bem como novos modos de ver “funcionais e com explicações empíricas”².

Para Bettine (2021), no momento que em que Habermas escreveu sua obra Teoria do Agir Comunicativo, teria como base a construção de um princípio epistemológico de uma racionalidade comunicativa; e ainda, como segundo fundamento, a interpretação da dinâmica de uma sociedade eivada na dualidade existente entre o agir comunicativo e o estratégico.

² Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19

Para alcançar os objetivos pretendidos, Habermas empregou seus esforços no desenvolvimento de uma racionalidade, afastando-se da filosofia kantiana ao se debruçar sobre o emprego da racionalidade e não sobre sua natureza (Ferreira, 2019). *In verbis*, preleciona que “a racionalidade tem menos a ver com a posse de conhecimentos do que com a maneira pela qual os sujeitos capazes de falar e agir adquirem e empregam o saber”³. Nesse sentido, vale referenciar trecho de Habermas em sua obra *Direito e Democracia*, onde coloca a racionalidade como meio linguístico e afasta da exclusividade do elemento moral.

Nas tradições culturais da velha Europa, havia uma ligação demasiado direta entre razão prática e prática social. Isso fez com que essa última fosse abordada unicamente pelo ângulo de questionamentos normativos ou criptonormativos - filtrados através de uma filosofia da história. Até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *medium* linguístico e o aliviamos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas. facticidade e validade⁴.

O agir comunicativo difere da razão prática por não ser origem de normas de agir, possuindo sim, bases normativas, mas encontrando limitações onde aquele que age necessita estar amparado em “pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual”⁵.

A teoria da racionalidade comunicativa, em Habermas, contém um momento reconstrutivo, ou analítico, do saber intuitivo. Tal reconstrução apresenta-se de uma maneira formal em *O que significa pragmática universal*, ou, então, na *Teoria da ação comunicativa*, como uma espécie de auto reflexão fenomenológica da racionalidade comunicativa, no sentido de que um tal saber só se torna possível porque coincide com a sua própria figuração nas sociedades modernas. Ora, é por isso que se manifesta um longo percurso de instauração de um processo de racionalização de uma

³ Habermas, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Volume I. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 31.

⁴ Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 19.

⁵ Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

forma de vida outrora baseada no sacro ou na tradição, a uma forma de vida baseada na instauração do espaço público da argumentação. Tal percurso, porém, não é descrito mais em termos de uma figuração do conceito, através da filosofia da história, ou seja, não se trata mais de um desdobramento ou explicitação necessária do conceito, mas de uma figuração que é descrita a partir da sociologia, contendo em si, portanto, um momento de contingência. Essa figuração põe de manifesto estruturas universais que embasam uma tal forma de vida como sua condição de possibilidade. (grifos no original)⁶

Sob o prisma dessa teoria, as sociedades contemporâneas estão organizadas em arranjos que potencializam a ocorrência de conflitos, já que o homem age por meio da racionalidade instrumental, visando o atingimento de interesses próprios (Bustamante, 2013).

Logo, a teoria da ação comunicativa insurge em uma remodelação do conceito de racionalidade, onde se passa da racionalidade individual a uma racionalidade que prima a coletividade (Silva, 2015), ou seja, tem como função a análise da interação entre pessoas como sujeitos aptos a falar e agir com o fim de manterem alguma forma de relacionamento interpessoal (Assaí, 2011).

Após a Segunda Guerra Mundial e as mazelas trazidas pelos campos de concentração, para Habermas não cabe mais sair em defesa da credibilidade do cartesianismo e do kantismo por trás do poder decorrente da razão prática (Bahia; Simioni, 2009).

Para Habermas, a despeito das críticas feitas à razão pura nos discursos de Nietzsche e Derrida, afirma que estas não são passíveis de aplicabilidade pelo motivo de que a crítica da razão pura é também decorrente da razão. Atento a isso, a solução trazida por Habermas vem por meio da razão comunicativa através da procedimentalidade. Afinal, se de um lado tem-se as críticas à razão solipsista, de outra forma o ser humano não pode ser considerado isoladamente, justamente por compartilhar a vida que tem uma estrutura compartilhada linguisticamente. (Bahia; Simioni, 2009).

⁶ Dutra, Delamar José Volpato. **A categoria do direito na ótica do agir comunicativo:** uma armadura para o sentido da ação nos limites da linguagem. Síntese: Revista de Filosofia, v. 29, n. 94, p. 221-236, 2002, p. 224. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/528> Acesso em: 05 jul. 2022.

No entanto, é necessário deixar claro que Habermas não é contra a racionalidade instrumental, reconhecendo a importância dessas racionalidades para o convívio social. Para tanto, divide a racionalidade quatro formas existentes: a primeira seria a racionalidade discursiva e de reflexão, onde é caracterizada pela capacidade da pessoa poder expressar-se racionalmente, orientando-se performativamente por pretensões de validade; a racionalidade epistêmica seria o saber composto de proposições que podem ser verdadeiras ou falsas, e por essa estrutura o saber é naturalmente linguístico; a racionalidade teleológica perante a qual a ação pode ser compreendida como a execução da intenção por uma pessoa de acordo com seu livre arbítrio; e a mais explanada pelo autor, a racionalidade comunicativa, onde não ocorre pela linguagem por si, mas à aplicação comunicativa de expressões linguísticas, primando pelo entendimento mútuo entre os envolvidos e estabelecendo relações interpessoais (Habermas, 2004). Nesse sentido, o tema central da razão comunicativa é compreender o mundo de forma intersubjetiva ao entender os demais como igualmente portadores de direitos através das condições contrafáticas e possibilitantes (Bahia; Simioni, 2009).

Habermas inspirou-se no segundo Wittgenstein como uma das fontes para a construção da sua filosofia da linguagem. Entretanto, enquanto os conceitos de linguagem privada e de universalidade da linguagem são criticados por Wittgenstein, Habermas reforça o enfoque na universalidade da linguagem. Nesse ponto, depreende-se que a maior semelhança entre ambos trata-se da intersubjetividade humana por meio do “jogo de linguagem” (*Sprachspiel*) e ainda, o consenso, o qual para Habermas é um dos pontos principais do seu estudo sobre a teoria do discurso; enquanto para Wittgenstein se trata do possível acordo firmado entre jogadores sobre as “regras vigentes na forma de vida”⁷.

⁷ Martins, Clélia Aparecida. **Sobre jogo de linguagem**: Habermas e Wittgenstein. Revista de Filosofia (Madrid), v. 35, n. 2, p. 91-104, 2011, p. 92. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/download/RESF1010220091A/8839> Acesso em: 08 jul. 2022.

Batista (2012) afirma que a hermenêutica é vista de forma diferente por Habermas quando comparado a Gadamer, podendo-se dizer que o primeiro tem receio das influências das pré-compreensões na deliberação:

Na introdução de *Verdade e método* (2005:29-34), Hans-Georg Gadamer nos fala de uma verdade que não pode ser verificada através de uma metodologia científica. É aquela verdade que surge com a experiência, seja a experiência da filosofia, da arte ou da própria história. A partir disso, o autor critica “a pretensão de universalidade da metodologia científica” e busca um conceito de conhecimento e de verdade que esteja relacionado ao todo da experiência do ser humano no mundo, que é a experiência hermenêutica ela mesma. Nesse universo “verdadeiramente hermenêutico”, entram ingredientes como “o modo como experimentamos uns aos outros, como experienciamos as tradições históricas, as ocorrências naturais de nossa existência e de nosso mundo”. E nele não estamos fechados, separados do outro e do mundo. Estamos sempre abertos, a eles ligados pela linguagem e pelo pensamento.

Jürgen Habermas, apesar de considerar a hermenêutica gadameriana superior à análise da linguagem feita por Wittgenstein e à fenomenologia, tece uma crítica à pretensão de universalidade da hermenêutica desenvolvida por Gadamer (Hekman, 1986). Para este autor, existe algo que está além do diálogo e da consciência hermenêutica. “O argumento de Habermas contra Gadamer pode resumir-se na afirmação de que, apesar de a compreensão hermenêutica ser um primeiro passo necessário na compreensão, não pode ser o último” (Ibidem:189).

Teria que haver a possibilidade da crítica, da reflexibilidade. O debate entre Gadamer e Habermas durou uma década e foi bastante relevante para as ciências sociais, não apenas na Alemanha⁸.

Habermas, nas palavras de Alves (2009) apresenta três planos sobre o discurso argumentativo, sejam eles: o plano lógico dos produtos, dialético dos procedimentos e retórico dos processos. O primeiro, através de propriedades intrínsecas, apresenta-se como lógico a respeito da produção de argumentos, apresentando-se com o intuito de satisfazer “uma pretensão à validade dos argumentos”⁹. O segundo, manifesta-se pela concorrência dos melhores argumentos, sendo atribuído a Sócrates que tem como regra que o diálogo busque uma cooperação para atingir a verdade. O terceiro tem

⁸ Batista, Micheline. **Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas**. *Crítica e sociedade*, v. 2, n. 1, p. 101-118, 2012. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/view/15000/9769> Acesso em: 25 out. 2023

⁹ Alves, Marco Antônio Sousa. **Racionalidade e argumentação em Habermas**. *Kínesis-Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia*, v. 1, n. 02, p. 179-195, 2009, p. 186-187. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/4317> Acesso em 04 jul. 2022.

como finalidade satisfazer “os ideais para a comunicação” por meio de uma linguagem “imunizada contra a repressão e a desigualdade”¹⁰.

Através dessa análise filosófica, é possível constatar que a teoria explora a racionalidade instrumental como algo a ser superado¹¹ pela razão comunicativa, pois a linguagem se aprimorou tendo por base a vida coletiva, fazendo parte do desenvolvimento interpessoal da sociedade.

2.1 Da aplicabilidade da teoria de Habermas ao Direito

O paradigma do discurso do direito pode ser considerado o Netuno de Habermas, pois, assim como Dworkin e sua teoria da integridade, há um conflito entre a justiça e a equidade, donde advém a integridade, ou, um terceiro ideal político, igualmente a Netuno que “fora postulado antes de ser descoberto, para explicar o comportamento dos planetas mais próximos”¹².

Para Habermas, no campo da jurisdição a racionalidade deve atingir os predicados da segurança e ainda, da legitimidade, encontrando na teoria de Dworkin o elo necessário para atingir esse fim. (Dutra, 2006)

¹⁰ Alves, Marco Antônio Sousa. **Racionalidade e argumentação em Habermas**. Kínesis-Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia, v. 1, n. 02, p. 179-195, 2009. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/4317> Acesso em 04 jul. 2022, p. 187.

¹¹ Insta salientar, que ao tratarmos a ideia de superação não é negação da razão instrumental. É possível observar que Habermas faz uma leitura crítica sobre a questão da razão instrumental, uma vez que essa teria uma concentração na eficiência, no cálculo e na denominada maximização de resultados, não se nega o importante papel desta razão na sociedade moderna, especialmente no âmbito econômico. Contudo, a pontuação está no predomínio, para Habermas há uma necessidade expressa sobre os limites dessa forma de racionalidade. Há um destaque nessa razão que ao ser aplicada de forma dominante sem a participação das outras racionalidades pode decair em uma alienação o que torna a vivência humana não autêntica no quesito comunicativo. Soma-se ainda a isso que uma instrumentalização em excesso pode tornar a esfera pública reprodutora de informações e não possibilitar uma participação nas discussões racionais que é necessária para uma sociedade democrática. Destarte, não há uma rejeição a razão instrumental, mas uma crítica com o incentivo que haja uma parcimônia com as outras formas de racionalidade, principalmente com a razão comunicativa. Trata-se de uma perspectiva mais abrangente e não dicotômica, ocorre que a razão comunicativa em predomínio viabiliza a participação da esfera pública em uma ação eficiente na sociedade democrática. Em "Facticidade e Validade," para além do desenvolvimento da ação comunicativa, tem-se a crítica ao que se pode chamar de instrumentalização excessiva das esferas da vida imbuída de uma crítica à sociedade contemporânea. Assim há uma argumentação que aborda a razão instrumental, em seu predomínio exclusivo, que se torna prejudicial uma vez que pode atrapalhar a capacidade de participação dos indivíduos no que tange discussões racionais e consensos tendo um resultado direto na esfera pública. Já em "Verdade e Justificação," Habermas explora diferentes formas de racionalidade, incluindo a razão epistêmica, a razão teleológica e a razão comunicativa. Há um ponto importante nesse texto que é a necessidade de equilibrar o predomínio da razão instrumental com outras formas de racionalidade, especialmente a razão comunicativa. (Araújo, 2017).

¹² Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco; Simioni, Rafael Lazzarotto. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 30, n. 59, p. 61-88, 2009, p. 65. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818171> Acesso em: 05 jul. 2022.

Em uma sociedade na qual não há mais consenso no conceito de moral e ética, há o que Habermas chama de “consensos de fundo”. que seriam a base padrão da sociedade, ou seja, termos que possibilitam um mínimo de entendimento, ao qual seria a reutilização do conceito de “mundo da vida” (*Lebenswelt*). Assim, a todo momento é possível que se saia do “pano de fundo do silêncio” para que se adentre em discussões, ou um novo dissenso. Neste cenário surgiu o Direito, como um “medium de integração social”¹³ que possibilita a estabilização dos comportamentos.

Acerca da sociedade, haveria dois tipos a se saber, Mundo da Vida, e Mundo do Sistema. O primeiro trata do processo comunicativo no qual “as relações intersubjetivas se organizam intuitivamente, onde ocorrem as problematizações e discussões práticas que podem ou não levar às discussões de valores morais”¹⁴, já o segundo, tem como característica “a organização estratégica econômica e política, onde impera a não linguagem, a não discussão”¹⁵ fazendo parte de uma macroestrutura onde se estabelecem os meios de produção do capitalismo mecânico e instrumental que gerem o mundo simbólico da vida (Fiedler, 2006). Faz-se necessário mencionar que ao ser realizada a diferenciação entre Mundo da Vida e Mundo do Sistemas, trata-se de duas perspectivas da mesma sociedade, e não de mundos diferentes.

Nas explanações de Dutra (2002), deve haver uma distinção entre o direito sancionatório e a faticidade da legislação. No direito sancionatório, a permissão para a coerção passa pela autonomia, deduzida a uma expectativa de legitimidade, ou, a positividade do direito pela qual se espera que o sujeito aceite a norma de forma racional, como parte do processo democrático. Resumidamente, o direito coercitivo moderno pode ser mediador da liberdade comunicativa, mas não pode substituí-la.

Tendo os cidadãos esse papel fundamental ao atribuírem uns aos outros a legitimidade na convivência através do direito positivo. Para Habermas o direito tem uma relação com a moral e com a política, onde o direito não pode ter fundamento em

¹³Habermas, Jurgen. **Teoria do agir comunicativo**. Volume I. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁴Fiedler, Regina Célia do Prado. **A teoria da ação comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano**. Revista Educação-UNG-Ser, v. 1, n. 1, 2006, p. 96. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/educacao/article/view/24> Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁵Ibid, p. 96.

contingências de decisões arbitrárias e não correr o risco de perder seu poder de integração da sociedade, ou seja, sua força vem mais da aliança social que da positividade (Dutra, 2002).

Para Azevedo (2009), trata-se de uma Teoria do Discurso, onde o foco é centrado em uma Integração Social da qual decorre a Democracia e a Cidadania. Assim, a resolução dos conflitos deve originar-se do consentimento e consenso dos envolvidos; e a Justiça, por sua vez, envolve a possibilidade do destinatário do comando da norma poder influir na sua elaboração. Logo, a Justiça apresenta-se por meio da democracia, ou agir comunicativo, ramificada através do discurso (Azevedo, 2009).

Nesse sentido, Habermas afirma:

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida por seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que a “liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, esta condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através do seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente¹⁶.

Entendida a racionalidade comunicativa como expressão da democracia, onde os participantes do diálogo, por meio da linguística, expressam seus pontos de vista, suas ideologias, chegam a um consenso das melhores estratégias para o convívio social, passar-se-á à análise do que seriam os *nudges* e posteriormente, como estes podem colaborar com interpretação das premissas normativas para deslindes de causas judiciais.

¹⁶ Habermas, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 52-53

3 NUDGES SOB UMA BREVE PERSPECTIVA DE RICHARD H. THALER E CASS R. SUNSTEIN

Nudges: Trata-se de um conceito da Economia Comportamental e foi desenvolvido por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein . Pode ser entendido como um “empurrãozinho”, e visa incentivar as pessoas a adotarem comportamentos considerados socialmente interessantes. Um exemplo, seria o de um refeitório escolar que pretende incentivar as crianças a aumentarem o consumo de frutas, devendo então, colocá-las em locais de maior destaque e em maior quantidade, sendo dessa forma vista como uma influência benéfica (Weyne, 2019).

Depreende-se dessa explicação, que os *nudges* influem sobremaneira no comportamento humano, apesar de serem ignorados pelo agente econômico racional. Assim, da mesma forma que os humanos são suscetíveis a incentivos econômicos, são aos *nudges*, e quando colocados de maneira perspicaz, aumentam a qualidade de vida humana (Thaler; Sunstein, 2019) .

A *Behavioral Economics* faz parte de um ramo da ciência que tem como base o processo de decisão do ser humano, tendo início em 1955, através dos estudos de Simon sobre a ideia da racionalidade limitada. Nos anos 70, por sua vez, com mais indicadores apontados por Kahneman e Twersky, foi demonstrado através de experimentos que há uma tendência humana em confiar em heurísticas, e ainda, vieses cognitivos com o fim de reduzir esforços ao raciocínio e evitar resultados ineficientes (Costa, 2017).

Simon descreveu a teoria da Racionalidade Limitada (*Bounded Rationality*), como uma decisão dotada de racionalidade que sempre leva em conta as limitações do agente decisor, ou seja, leva em consideração a informação que se tem acesso, o tempo e a capacidade mental da pessoa. Dentro dessas limitações, de forma racional o agente procura a melhor decisão ao que lhe é proposto, a heurística. Essa teoria veio com o ideal de desconstruir a máxima do homem perfeitamente racional que veio da concepção econômica clássica da Teoria da Máxima Utilidade, onde o sujeito é dotado

de todas as informações e recursos necessários, inclusive das consequências, de todas as decisões que tomar (Almeida; Nunes, 2022).

Os autores acima citados, Kahneman e Twersky, desenvolveram posteriormente a Teoria do Prospecto, onde por meio de estudos empíricos, demonstraram que as pessoas têm muito mais aversão às perdas do que ao sentimento de satisfação por ganhos, onde em situações idênticas, os sujeitos preferencialmente escolhem a situação que gerem a menor perda (Almeida; Nunes, 2022).

Os autores têm foco na mudança, pois é a forma como os humanos experienciam. Dá-se como exemplo a situação de o agente estar em uma sala com uma determinada temperatura. Ao sair dessa sala, se a temperatura externa for a mesma, por estar adaptado ao ambiente, o sujeito tenderá a ignorar a situação, diferentemente se a temperatura for diversa (Thaler, 2019).

Tomando como partida as heurísticas e os vieses, a economia comportamental contraria o paradigma de racionalidade plena até então preconizado pelas noções neoclássicas econômicas, também refletidas nos conceitos legais [...] Dada a potencial ação irracional, mesmo em situações de perfeita informação acerca das relações entre o valor e a utilidade, as decisões humanas ainda são marcadas pela suscetibilidade às falhas cognitivas¹⁷.

Partindo do exposto, pode-se dizer que a realidade não se resume a agentes econômicos abstratos, os quais agem influenciados somente pela racionalidade, pelo contrário, outros fatos devem ser considerados, tais como aqueles capazes de indução de comportamentos, ressalvada a liberdade de escolha do sujeito ou até mesmo por meio de incentivos (*nudges*), naquilo que Thaler e Sunstein denominam como “arquitetura de escolhas” (Belchior; Fernandes; Nascimento, 2021).

O *nudge* não remove a opção pela decisão racional, pois o agente ainda estará livre para a tomada de decisão, mas as opções dispostas a ele serão oferecidas de forma que ele tenda a optar por uma delas. A arquitetura de escolhas pode auxiliar na autodeterminação de um agente, mas, assim como qualquer teoria é alvo de

¹⁷ Costa, Natalia Lacerda Macedo. “**Nudge**” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. Revista de informação legislativa, v. 54, n. 214, p. 91-111, 2017, p. 98. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91 Acesso em: 05 jul. 2022.

críticas, já não se pode olvidar que contribuiria para a manipulação de pessoas (Almeida; Nunes, 2022).

A partir de uma leitura de Baldwin, é possível identificar três tipos de *nudges* de acordo com o nível de interferência na deliberação. Os de primeiro nível seriam os *nudges* que preservam a autonomia influenciando na melhoria das tomadas de decisões. Seriam simples lembretes. Os referentes ao segundo nível seriam mais invasivos, mas fracos, tendo em vista que são facilmente identificados. Já os de terceiro nível modificam a arquitetura de escolhas de forma que se torna difícil identificá-los, mesmo após a reflexão do sujeito, como as advertências em embalagens de cigarro que causam notável incômodo, mesmo que o fumante não consiga justificar (Esposito, 2020).

Um ponto muito criticado acerca da teoria da arquitetura de escolhas de Thaler e Sunstein se concentra em administrar até que ponto vai a influência e a partir de que ponto se torna manipulação. Para defender a tese, os autores tratam da dualidade da cognição humana, utilizando questões oriundas da psicologia cognitiva, ou da Teoria do Prospecto, onde a cognição é guiada por dois sistemas: o sistema automático (emotivo, impulsivo) e um sistema reflexivo (avaliação de custo-benefício) (Rocha, 2021).

Dessa forma, as manipulações estariam ligadas ao sistema cognitivo automático, afastando-se da cognição reflexiva dada a insuficiência de capacidade dos agentes para escolha. Ainda, os *nudges* em sua grande maioria não se enquadram nessa definição apesar de alguns estarem no limite (Rocha, 2021).

Verifica-se, portanto, que através dos *nudges* e da arquitetura de escolhas, o agente pode influenciar e ser influenciado de forma muito sutil a tomar decisões de cunho benéfico para sua vida, mas sempre preservando a sua autonomia e livre arbítrio. A partir dessa análise, verificar-se-á a possível aplicação dos *nudges* no contexto jurídico-penal.

4 A APLICABILIDADE DOS *NUDGES* NO DIREITO PENAL E NO PROCESSO PENAL

A comunicação em sentido amplo tem como finalidade transmitir uma mensagem de forma eficiente a fim de ser entendida pelo destinatário, ou publicizar um evento pretérito ou que virá a ocorrer e do qual um sujeito determinado faça parte. Sendo essa a finalidade imediata, tem-se como mediata, do ponto de vista do Direito, aquelas onde as partes estranhas à relação processual (público externo) tenham a comunicação como forma de prestação de contas à sociedade, servindo ao que preleciona a democracia (Azevedo, 2009).

Mencionando Ruth Amossy, a palavra por meio de seu uso foi concedida ao homem para que exercesse influência, encontrando fundamentos na retórica aristotélica, tendo como significado um “auditório que se pretende influenciar” (Stankiewicz, 2021, p.65). Ou seja, há uma grande influência da palavra, onde os homens racionais, por meios não coercitivos, convencem demais sujeitos a partilharem de seus posicionamentos, baseando-se no que é razoável crer e fazer (Stankiewicz, 2021).

Porquanto o discurso da racionalidade foi o cerne de grandes discussões na história da humanidade, enquanto na economia falava-se no *homo economicus*, cunhado por Thaler e Sunstein, no Direito esse conceito foi conhecido como o “homem médio”, mas ambos trata-se do estudo do sujeito como capaz de tomar decisões sopesando ônus e bônus com base nas consequências do modo que decidir por agir (Oliveira; Stancioli, 2021).

[...] o *nudge* não busca coagir, mas induzir, influenciar e estimular a tomada de decisão . Embora seja alvo de diversas críticas, uma delas é sobre a liberdade de escolha, porém acredita-se que as pessoas não são totalmente livres, estão sob diversos fatores do dia a dia, muitas vezes em alto grau de complexidade e que, conseqüentemente, influenciam diretamente nas escolhas. O ser humano acaba utilizando de forma automática e isso interfere, indubitavelmente, na qualidade de suas escolhas¹⁸.

¹⁸ Athias, Arianne Brito Cal; Barbosa, Jessica Rabelo. **Política pública emergencial e o novo mecanismo transdisciplinar**. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, v. 6, n. 2, p. 58-75, 2020, p. 70. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/7143> Acesso em: 05 jul. 2022.

Apesar de à primeira vista parecer que a teoria retira a liberdade do indivíduo, na verdade, ela mantém o poder de decisão, somente deixando claro que a pessoa pode ser influenciada/incentivada, mesmo que sutilmente a adotar algum padrão que seja considerado melhor (Athias; Barbosa, 2020).

O Direito é uma das áreas que podem ser contempladas com a utilização desse princípio da Economia Comportamental, já que necessita lidar com as decisões humanas antes, durante e após as disputas judiciais; podendo ser uma ferramenta hábil a mapear as melhores formas de obter resultados favoráveis nas disputas por meio da arquitetura de escolhas. O sujeito de direito necessita frequentemente se sujeitar a normas, regras, e ainda princípios, e a partir da sua autodeterminação pode optar por se sujeitar ou transgredir esses deveres, sabendo que deverá se subordinar às consequências jurídicas das decisões tomadas (Athias; Barbosa, 2020).

O tema é majoritariamente debatido no âmbito de *Law and Economics*, dentro de um subtipo conhecido como Economia Comportamental do Direito ou Economia do Direito Comportamental, envolvendo conhecimentos e incorporação de estudos nas áreas de psicologia e neurociência (Franco; Tabak; Bijus, 2017).

Sob ponto de vista da economia comportamental, Garoupa (2003) discorre sobre como o criminoso é portador de um excesso de confiança em relação à prática do crime e aos lucros advindos dele, ignorando a possibilidade de punição pelo delito, procurando dentro de suas crenças, fins justificadores à prática deles. Ou seja, criminosos otimistas cometem mais crimes que criminosos racionais.

Sobre o prisma do Direito, há vários incentivos que podem se enquadrar no conceito de *nudges*, sendo o exemplo mais utilizado, o de incentivos fiscais em matéria tributária e ambiental. No âmbito do Direito Penal e Processual Penal, por que não se falar da remissão da pena e delação ou colaboração premiada? Da mesma forma, a confissão pode ser considerada um *nudge* para a redução da pena. Do ponto de vista acusatório, o testemunho da vítima desafortunada decorrente de uma tentativa de homicídio, em tom mais melindroso em um Tribunal do Júri, seria um *nudge* maléfico ao acusado que incidiria na exasperação da pena.

Utilizando como exemplo um sujeito que faz parte de uma organização criminosa, ante a proposta de colaboração ele tem duas opções de como decidir e verificar qual geraria menos danos, sendo: celebrar o acordo de colaboração, deixando a atividade criminosa, ou continuar agindo ilicitamente, podendo vir a ser condenado. A decisão será baseada na análise do contido na proposta e uma possível retaliação da organização criminosa (Kalkman, 2019).

Poderia ser citada a escolha de jurados em sua maioria mulheres a comporem o Conselho de Sentença como um *nudge* a influir na condenação em um caso de feminicídio. Ainda, insta mencionar como exemplos de *nudges* dentro do Direito Penal, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior.

Por meio da arquitetura de escolhas, através de informações auxiliares, as pessoas são influenciadas a fazerem escolhas com efeitos a nível individual e ainda, coletivo (Athias; Barbosa, 2020). A arquitetura de escolhas, pode ser vista no agir comunicativo como a possibilidade de influenciar os atores envolvidos através da linguagem utilizada:

Toda integração social não violenta pode ser entendida como a solução do seguinte problema: como é possível coordenar entre si os planos de ação de vários atores, de tal modo que as ações de um partido possam ser “engatadas” nas do outro? Tal engate contínuo reduz o jogo das possibilidades de escolha, duplamente contingentes, a uma medida que possibilita o entrelaçamento menos conflituoso possível de intenções e ações, portanto o surgimento de padrões de comportamento e da ordem social em geral. Enquanto a linguagem é utilizada apenas como *medium* para a transmissão de informações e redundâncias, a coordenação da ação passa através da influência recíproca de atores que agem uns sobre os outros de modo funcional. Tão logo, porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social. É nisso que consiste o agir comunicativo. Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas de atos de fala podem visar um efeito coordenador na

ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências da interação¹⁹.

A utilização de discursos bem articulados, uma comunicação bem estruturada em que as partes envolvidas sintam fazer parte da tomada de decisão, pode ser considerado *nudge*. A pessoa por trás da figura do magistrado que, observando esse jogo retórico, mesmo em uma sentença desfavorável, poderá ser influenciado a impor uma pena mais branda do que ao ler/ouvir a argumentação de uma pessoa/profissional desprovido dessa “arte dialética”.

A luta pela captura de sentido do julgador pode se valer da noção de *nudge* para inserir uma isca argumentativa com efeito capaz de fazer girar o sentido, verdadeiro *plot point* (giro de compreensão). Assim, a capacidade de acionar o gatilho do julgador mediante um empurrãozinho argumentativo (*nudge*), assim como a mosca, passa a ser o alvo de quem se dedica a argumentar juridicamente de modo vencedor. Para que funcione, todavia, será necessário compreender o mapa mental de quem se quer convencer. Logo, o *nudge* precisa ser customizado em cada contexto e pode ser representado por um argumento bem posto, que chame a atenção, uma jurisprudência ou doutrina aderente. Você precisa encontrar a mosca que fará com que o julgador mire e foque o seu argumento. O efeito subliminar e o detalhe têm a potência de mudar o jogo.²⁰

Essa busca em compreender o mapa mental do oponente, faz parte da teoria dos jogos já conhecida no processo penal, partir do pressuposto de que o resultado processual não depende somente da performance de uma das partes envolvidas, mas da interação de estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, de forma que o comportamento de uma das partes pode influenciar no resultado do processo (Rosa, 2015).

Sobre o tema, Rosa (2015) ensina que a interação por meio do contraditório será o meio pelo qual os jogadores (partes) comunicar-se-ão até a tomada de decisão pelo julgador. Dentro do contexto penal, em que a parte acusatória pretende romper a fortaleza de inocência, e a defesa luta para mantê-la, quando uma das partes tende a perder o jogo, pode-se negociar, e nessa negociação a utilização da comunicação,

¹⁹ Habermas, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. Volume I. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 36

²⁰ GoularT, Bianca Bez; Rosa, Alexandre Morais da. **O uso do *nugde* no convencimento judicial penal**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/limite-penal-uso-nugde-convencimento-judicial-penal> Acesso em: 22 set. 2022.

forma de se expressar, bem como as palavras selecionadas, podem contribuir ao “empurrão” para o deslinde satisfatório, e nesse contexto, a democracia vence pelo consenso das partes.

Esposito (2020), afirma que a exemplo de discurso prescritivo, pode-se trazer os *nudges* ao campo da intervenção legal a fim de torná-la mais eficaz. Para ele, “*nudge* e direito” é uma expressão que coloca o direito como centro do tema afeto ao direito e às ciências comportamentais, apesar de considerar a expressão “direito e ciências comportamentais” mais abrangente.

Sua aplicabilidade a nível social pode dar-se mais efetivamente a partir de normas referentes ao comportamento coletivo, assim explicado por Sunstein:

Usos de normas sociais (enfatizando o que a maioria das pessoas faz, por exemplo, “a maioria das pessoas planeja votar” ou “a maioria das pessoas paga seus impostos em dia” ou “nove em cada dez hóspedes do hotel reutilizam suas toalhas”) Comentário: Um dos mais eficazes *nudges* é informar às pessoas que a maioria dos outros está engajada em um determinado comportamento. Essas informações geralmente são mais poderosas quanto mais locais e específicas possíveis (“a grande maioria das pessoas em sua comunidade paga seus impostos em dia”). O uso de normas sociais pode reduzir o comportamento criminoso e também o comportamento prejudicial, seja ou não criminoso (como abuso de álcool, tabagismo e discriminação). É verdade que às vezes a maioria ou muitas pessoas estão engajadas em comportamentos indesejáveis. Nesses casos, pode ser útil destacar não o que a maioria das pessoas realmente faz, mas o que a maioria das pessoas acha que as pessoas deveriam fazer (como em “90% das pessoas na Irlanda acreditam que as pessoas devem pagar seus impostos em dia” (nossa tradução)²¹.

Apesar de ser uma nova forma de olhar quanto à aplicabilidade jurídica aos *nudges*, a sociedade atual não conversa mais com o positivismo da forma como ele foi apresentado ao longo da história, sendo necessário um novo Direito Penal apto a enfrentar os problemas modernos.

No livro Sociologia do Direito, Luhmann (1983) trata da questão afirmando que o Direito é um instrumento de estabilização das relações sociais que pode definir condutas que são consideradas socialmente adequadas. Este, coincidentemente logrou êxito na propagação de sua teoria por meio da obra de Habermas (Bachur; Gonçalves, 2013).

²¹ Sunstein, Cass R. **Nudging**: a very short guide. Journal of Consumer Policy, v. 37, n. 4, p. 583-588, 2014, p. 586. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-014-9273-1> Acesso em: 10 jul. 2022.

Luhmann (1983), afirmava que o Direito é uma estrutura por onde o sistema social impõe os limites e a forma de seleção, dentro do qual, ainda devem ser considerados os meios de comunicação, a estrutura da cognição, e o esquema de diferenciação dos sistemas dentro daquela sociedade.

Para a continuidade dessa “missão” do Direito, qual seja, a estabilização social, ele deve se adaptar às novas demandas e exigências da sociedade, ao perigo de ter a sua substituição como instrumento de solução de conflito (Gemake, 2003). Desde que usado com sabedoria e razoabilidade, os *nudges* podem ser considerados grandes aliados na forma de combater o crime, pois o encarceramento já se mostrou não ser eficaz e não ter a função ressocializadora ao qual seu fim se destinava, o que resulta em grandes gastos governamentais e dispêndios com presídios, superpopulação carcerária e ainda, a piora do agente infrator ante o desgaste causado pela segregação e envolvimento com outros detentos de índole similar ou mais malévola dentro desse sistema, como o envolvimento com facções, tráfico e afins.

5 CONCLUSÃO

A comunicação é um campo de estudos que envolve diversas áreas, dentre elas, a filosofia da linguagem, tendo como um de seus expoentes Jurgen Habermas, o qual por meio da sua Teoria do Agir Comunicativo, propõe que a insurgência ao modelo da racionalidade instrumental, sugerindo uma racionalidade que vai do individual ao coletivo, onde pessoas falam e agem, e essa conduta se torna objeto de uma análise do relacionamento interpessoal.

Visando o aprimoramento da linguagem como ferramenta do discurso jurídico, vem sendo utilizado um conceito da economia comportamental, desenvolvido por Thaler e Sunstein, chamado de *nudges*, que se trata de um pequeno “empurrão” na tomada de decisão por meio da arquitetura de escolhas, mas sempre dentro da garantia da liberdade e autonomia do sujeito que virá a decidir. Originalmente, a ideia

é de que esses “empurrões” sugestionam decisões a fim de melhorar a vida das pessoas.

À primeira vista, tem-se a impressão de que os *nudges* são aplicáveis somente na área do direito do consumidor, ambiental e fiscal, mas tem-se desenvolvido o conceito mais recentemente, dentro de áreas como direito processual civil, por meio da mediação, e conforme demonstrado, inclusive no Direito Penal e Processual Penal, tendo como exemplo a delação/colaboração premiada.

Outros institutos conhecidos podem ser enquadrados dentro da categoria de *nudges*, já que não trazem um prejuízo ao sujeito que poderá fazer a escolha e, o ser humano, dentro da sua racionalidade limitada, tenderá a escolher aquilo que lhe traga menos prejuízos de acordo com as heurísticas e vieses. Pode-se dar como exemplos a liberdade condicional, remição da pena, confissão e arrependimento eficaz.

No que tange à argumentação dentro dos trâmites processuais, a arquitetura de escolhas pode influir na inteligência dos argumentos utilizados, das premissas apresentadas e das deliberações apontadas, simplesmente compreendendo o mapa mental de quem se quer convencer. Utilizando como exemplo a escolha dos jurados do conselho de sentença e de que forma será trazida a informação sobre o crime, pode-se resultar em um sentimento de revolta contra o acusado, incorrendo em condenação, ou até mesmo no sentimento de compaixão, com atenuação ou absolvição.

Tal ideia de utilização de mecanismos e análise de estratégias que possam contribuir para o deslinde da causa favorável a parte que intenciona vencer a causa processual pode ser vista dentro do conceito da teoria dos jogos, onde as partes, como mencionado acima, utilizam-se de ferramentas de modo a conseguir o melhor resultado, tendo como exemplo a negociação. Dentro da negociação, através dos jogos de linguagem, das proposições mais acertadas, do modo como se escreve ou fala-se oralmente dentro do processo, utilizando-se ainda de meios de comoção da parte adversária, do julgador ou dos jurados, conseguir a pena mais acertada à causa.

Da parte acusatória, os *nudges* podem ser vislumbrados quando o parquet oferece à parte acusada um leque de opções que possam significativamente diminuir

ou isentar de pena, como as propostas de delação premiada, confissão, suspensão condicional do processo. Ou seja, a parte acusada percebe que será beneficiada caso aceite a proposta, ao mesmo tempo que a finalidade da ação ainda será atingida.

Por fim, apesar de não haver muitos estudos a respeito do tema no âmbito do direito, isso não invalida a sua aplicabilidade, sendo necessário somente uma abertura maior quanto à receptividade da temática e observar que por muitas vezes essa técnica já tem sido aplicada sem que tenha sido relacionada ao termo, como a delação premiada, ou técnicas de condução da instrução processual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Catharina; NUNES, Dierle. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: o potencial do uso de *nudges* nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa—parte 2. **Revista de Processo**, vol. 47, n. 323, 2022, p. 149-176, 2022. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/> Acesso em: 08 jul. 2022

ALVES, Marco Antônio Sousa. Racionalidade e argumentação em Habermas. **Kínesis-Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia**, v. 1, n. 02, p. 179-195, 2009. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/kinesis/article/view/4317> Acesso em 04 jul. 2022.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Religião e Modernidade em Habermas**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, 212 p.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Pluralismo e Justiça: Estudos sobre Habermas**. São Paulo: Edições Loyola, 2010, 200 p.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. Anotações sobre secularismo e pós-secularismo em Habermas. Síntese – **Revista de Filosofia**, v. 50, p. 101-117, 2023.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. Habermas e Rawls no cenário da filosofia moral e política contemporânea. **Revista Sofia**, v. 6, n. 1, p. 4-16, 2017.

ASSAÍ, José Henrique Sousa. Esfera pública e democracia em Habermas: o orçamento participativo enquanto práxis normativa. **Diálogos Críticos**-ISSN 2238-3468, v. 2, n. 1, 2012. Disponível em: https://dialogoscriticos.com/revista/index.php/dialogos_criticos/article/view/6 Acesso em 04 jul. 2022

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro: à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana. **Direito Público**, v. 6, n. 25, 2009.

BACHUR, João Paulo; GONÇALVES, Guilherme Leite. **O direito na sociologia de Niklas Luhmann in RODRIGUES**, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1443> Acesso em: 04 jul. 2022.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 30, n. 59, p. 61-88, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818171> Acesso em: 05 jul. 2022

BARBOSA, Jessica Rabelo; ATHIAS, Arianne Brito Cal. Política pública emergencial e o novo mecanismo transdisciplinar. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 6, n. 2, p. 58-75, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/7143> Acesso em: 05 jul. 2022.

BATISTA, Micheline. Hermenêutica filosófica e o debate Gadamer-Habermas. **Crítica e sociedade**, v. 2, n. 1, p. 101-118, 2012. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/view/15000/9769> Acesso em: 25 out. 2023.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; FERNANDES, André Dias; NASCIMENTO, Letícia Queiroz. Green nudges: os incentivos verdes conferidos pelo Estado como meio de induzir comportamentos sustentáveis. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 63, p. 490-516, 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5256> Acesso em 04 jul. 2022

BETTINE, Marco. A teoria do agir comunicativo de Jurgen Habermas: bases conceituais. São Paulo: Edições EACH, 2021. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/book/587> Acesso em: 01 jul. 2022

BUSTAMANTE, Ana Paula. A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes** 1676-1308 (2013/18) n.18: 175-193 - UCAM. Disponível em: <https://www.candidomendes.edu.br/wp-content/uploads/2019/05/RevistaFDCM-Ucam18.pdf#page=181> Acesso em: 05 jul. 2022.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 91-111, 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91 Acesso em: 05 jul. 2022.

DUTRA, Delamar José Volpato. A categoria do direito na ótica do agir comunicativo: uma armadura para o sentido da ação nos limites da linguagem. **Síntese: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 94, p. 221-236, 2002. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/528> Acesso em: 05 jul. 2022.

DUTRA, Delamar José Volpato. A teoria discursiva da aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas** (Porto Alegre), v. 51, n. 1, 30 abr. 2006. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/iberoamericana/N%C3%83%C6%92O%20https://www.scimagojr.com/index.php/veritas/article/view/1880> Acesso em: 03 jul. 2022.

ESPOSITO, Fabrizio. Fundamentos conceptuais na doutrina do direito do consumo e das ciências comportamentais. **Anuário da Nova Consumer Lab**, v. 1, p. 81-128, 2020. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/132660> Acesso em: 08 jul. 2022

FIEDLER, Regina Célia do Prado. A teoria da ação comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano. **Revista Educação-UNG-Ser**, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/educacao/article/view/24> Acesso em: 22 set. 2022.

FRANCO, Claudia Regina Lovato; TABAK, Benjamin Miranda; BIJOS, Leila. A Lei nº 14.946/2013 (lei bezerra): um *nudge* para incentivar empresários do setor de confecção da indústria paulista a cumprirem as leis trabalhistas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 346-362, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3060> Acesso em: 12 jul. 2022.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. Limites do direito penal na moderna sociedade de riscos. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, n. 8, p. 137-149, 2003. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/102> Acesso em: 12 jul. 2022.

GAROUPA, Nuno. Behavioral economic analysis of crime: A critical review. **European Journal of Law and Economics**, v. 15, n. 1, p. 5-15, 2003. Disponível em: https://idp.springer.com/authorize/casa?redirect_uri=https://link.springer.com/article/10.1023/A:1021152523137&casa_token=tfk5psDqJh8AAAAA:REW-rkjl1elhtcuqx4SIV_tljtLY63BosM6LkwvkBxmU8FZenqVtrtYw7ykVU1tAaI7S_gQ5UfyZirwFDoA Acesso em: 13 jul. 2022

GOLDIM, José Roberto. **Ética da razão comunicativa**. 1999. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eticadis.htm> Acesso em 14 jul. 2022

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, v. 20, p. 125-140, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/zsys53TwhnSwvDXzGTrjWxd/?lang=pt> Acesso em: 03 jul. 2022

GOULART, Bianca Bez; ROSA, Alexandre Morais da. O uso do *Nudge* no convencimento judicial penal. **Consultor Jurídico**, 27 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/limite-penal-uso-nugde-convencimento-judicial-penal>. Acesso em: 11 jul. 2022

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. 1929. Tradução: Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação**. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KALKMANN, Tiago. Análise econômica da racionalidade do acordo de colaboração Premiada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 469-504, 2019. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/195> Acesso em: 13 jul. 2022

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARTINS, Clélia Aparecida. Sobre jogo de linguagem: Habermas e Wittgenstein. **Revista de Filosofia** (Madrid), v. 35, n. 2, p. 91-104, 2011. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/download/RESF1010220091A/8839> Acesso em: 08 jul. 2022.

OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte; STANCIOLI, Brunello Souza. *Nudge* e informação: a tomada de decisão e o “homem médio”. **Revista Direito GV**, v. 17, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FvKJH7QXKq9QYVvMCKWGWKvrC/> Acesso em: 12 jul. 2022.

PALERMO, Luis Claudio. A importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. PRACS: **Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, v. 6, n. 6, p. 01-17, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/view/806> Acesso em: 12 jul. 2022.

ROCHA, César Antonio Alves. *Nudges* e paternalismo libertário: apontamentos sobre questões emergentes. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, v. 23, p. 1-19, 2021. Disponível em: <http://rbtcc.webhostusp.sti.usp.br/index.php/RBTCC/article/view/1525> Acesso em: 11 jul. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

SILVA, Rodrigo Medeiros. A audiência pública como instrumento a subsidiar a decisão jurídica. **RJLB**. Ano I, v. 01, n. 06, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_1431_1458.pdf Acesso em: 11 jul. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. **Journal of Consumer Policy**, v. 37, n. 4, p. 583-588, 2014. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-014-9273-1> Acesso em: 10 jul. 2022.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019

THALER, Richard H. **Misbehaving**: a construção da economia comportamental. Tradução: George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

WEYNE, Denise Lage Bezerra. A aplicação dos *nudges* na preservação do livre arbítrio em audiências judiciais de conciliação e mediação. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 5, n. 2, p. 104-118, 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/288182257.pdf> Acesso em: 05 jul. 2022

STANKIEWICZ, Lauro. **A dialética e a legitimação da conciliação juslaboral na perspectiva da teoria do agir comunicativo**: implicações na cidadania. 2021.131 f. Tese (Doutorado em Comunicação e Linguagens) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2021. Disponível em: <https://tede.utp.br/jspui/handle/tede/1859> Acesso em: 06 jul. 2022

Como fazer referência ao artigo (ABNT):

MARAFON, R.; VASCONCELOS, P. E. A.; ECCARD, A. F. C. A interlocução entre a teoria da ação comunicativa e a tomada de decisão: a influência dos nudges no direito penal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Santa Maria, v. 19, e71812, p. 1-26, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369471812>. Acesso em: dia mês abreviado. ano.

Direitos autorais 2024 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola, Bruna Bastos.



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Sobre os Autores

1 – Renata Marafon

Doutoranda em direito pela Universidade Federal do Paraná
<https://orcid.org/0000-0001-9177-3663> • renatamarafon27@gmail.com
Contribuição: Idealização, revisão bibliográfica, escrita – primeira redação

2 – Priscila Elise Alves Vasconcelos

Professora Adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima
<https://orcid.org/0000-0001-8747-9920> • prisvascon@gmail.com
Contribuição: Revisão e edição

3 – Ana Flavia Costa Eccard

Doutora em direito pela Universidade Veiga Cabral
<https://orcid.org/0000-0001-6878-1497> • prof.ana.eccard@unifacvest.edu.br
Contribuição: Supervisão, revisão e correção