

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

EXPERIÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19 NO USO DE
MÁSCARAS DE PROTEÇÃO CONTRA COVID-19: MULTA
OU *NUDGE*?

SANDRO LÚCIO DEZAN
RODRIGO LEITE DA SILVA

VOLUME 14 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2023

EXPERIÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19 NO USO DE MÁSCARAS DE PROTEÇÃO CONTRA COVID-19: MULTA OU *NUDGE*?

EXPERIENCE OF THE COVID-19 PANDEMIC IN THE USE OF PROTECTIVE MASKS AGAINST COVID-19: FINE OR *NUDGE*?

Recebido: 29/09/2021
Aprovado: 29/06/2023

Eduardo Oliveira Agostinho¹
Guilherme Henrique Auerhahn²
João Paulo Josviak Dresch³

RESUMO:

O artigo procura analisar a experiência da pandemia do Coronavírus quanto aos seus reflexos no comportamento humano, utilizando como análise de caso a obrigação da utilização de máscaras de segurança em período de calamidade pública, tirando como exemplo prático o modelo instituído pelo Estado do Paraná. Diante do caráter sancionatório da referida lei, há a discussão de qual seria a melhor alternativa legislativa e de políticas públicas diante do bem-estar social e das liberdades individuais: se seria a aplicação de multa pelo descumprimento do uso das máscaras de segurança ou a utilização de um *Nudge*. Utilizando-se do método dedutivo, a resposta dessa pergunta parte da conceituação de paternalismo libertário e do que é um *Nudge*, passando pelas análises de bem-estar, liberdade segundo Amartya Sen e liberdade a partir da leitura de Kaushik Basu. Concluiu-se que, diante dos conceitos de liberdade e bem-estar, a experiência de sanção pecuniária pelo não uso da máscara de proteção, em que pese o esforço estatal, se mostrou ineficaz, eis que o valor pago a título de multas restou irrisório. A alternativa à sanção, partindo da manutenção da liberdade, porém, privilegiando o bem-estar da coletividade parte da instituição de incentivos comportamentais, que, ao invés de incentivar o uso através do medo em ser sancionado, trata de realizar a conscientização geral através da economia comportamental.

Palavras-chave: Economia Comportamental. Coronavírus. Liberdade de Escolha.

JEL: K00 e K10

ABSTRACT:

The article seeks to analyze the experience of the Coronavirus pandemic in terms of its effects on human behavior, using as a case analysis the obligation to use safety masks in times of public calamity, taking as a practical example the model established by the State of Paraná. Given the sanctioning nature of the aforementioned law, there is a discussion of what would be the best legislative and public policy alternative in view of social welfare and individual freedoms: whether it would be the imposition of a fine for non-compliance with the use of safety masks or the use of a

¹ Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado. Email: eduardo.agostinho@pucpr.br.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região (EMATRA IX). Advogado. Email: guilherme@auerhahn.com.br.

³ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Especialista em Compliance e Governança Jurídica pelo Centro Universitário FAE. Advogado. Email: joaopdresch@gmail.com.

Nudge. Using the deductive method, the answer to this question starts from the conceptualization of libertarian paternalism and what is a Nudge, going through the analysis of well-being, freedom according to Amartya Sen and freedom from the reading of Kaushik Basu. It was concluded that, given the concepts of freedom and well-being, the experience of a pecuniary sanction for not wearing a protective mask, despite the state effort, proved to be ineffective, as the amount paid as fines remained negligible. The alternative to sanction, based on the maintenance of freedom, however, privileging the well-being of the community comes from the institution of behavioral incentives, which, instead of encouraging the use through fear of being sanctioned, tries to raise general awareness through behavioral economics.

Keywords: Behavioral Economics. Coronavirus. Freedom of choice.

INTRODUÇÃO

A experiência do período pandêmico em razão da pandemia causada pelo Coronavírus é de extrema valia para análise de seus reflexos econômicos e sociais. O crescimento exponencial no número de infectados fez com que políticas públicas fossem desenvolvidas com o objetivo de, a partir da redução dos índices, que pudesse ser realizado o acompanhamento médico adequado para os infectados.

Com a finalidade de incentivar as pessoas a se prevenirem contra o vírus, diversas normativas (federais, estaduais e municipais) foram editadas, com variados graus de intervenção na vida cotidiana dos brasileiros. Dentre as diversas legislações editadas, os Estados trataram de legislar no sentido de tornar obrigatório o uso de máscaras de proteção individual, sob pena de aplicação de multa pecuniária para quem descumprisse essas leis. Como paradigma prático de estudo, será utilizada a Lei nº 20.189/2020, editada pelo estado do Paraná, no Brasil.

A partir do método hipotético dedutivo, partindo do estudo do caso, a primeira seção do artigo expõe os conceitos envolvidos a racionalidade humana, dando ênfase à economia comportamental e sua contribuição ao direito, abordando o *nudge* como um incentivo ao comportamento humano, traçando um paralelo com o exemplo tido na pandemia quanto a aplicação de multa em casos de descumprimento da utilização de máscaras de proteção.

Ao final, utilizando os paradigmas legais, será analisada a questão problema do artigo, se a intervenção direta é a mais adequada diante do respeito às liberdades individuais das pessoas ou se o ferramental concedido pela economia comportamental é passível de conciliar satisfatoriamente o bem-estar social com o respeito às liberdades individuais, analisadas aqui a partir das obras de Amartya Sen e de Kaushik Basu.

RACIONALIDADE HUMANA E O EMPREGO DO FERRAMENTAL DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL PELO DIREITO

Objetivamente, o Direito é a arte de regular o comportamento humano, ao passo que a economia é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo com recursos escassos (GICO JR, 2011, p. 17). Quando se coloca no centro do direito a necessidade de se regular o comportamento humano num mundo de recursos escassos, emerge a necessidade de se compreender o que procura o ser humano e como se dará esse comportamento, o que propicia a compreensão de que o ferramental econômico pode ser empregado de forma útil para a criação de normas que induzam o comportamento esperado. Nesse sentido, dentro

de um pensamento neoclássico, o pressuposto tido como vetor interpretativo é o fundado em uma presunção de racionalidade humana ilimitada, sendo esse o alicerce de teorias acerca da previsibilidade de conduta das pessoas em prol da maximização do próprio bem-estar (GICO JR, 2011, p. 18).

Em contrapartida, diversas críticas são tecidas ao *homo economicus* (SIMON, 1955, p. 99), em que se questiona o pensamento neoclássico quanto à racionalidade ilimitada dos agentes, trabalhando com as noções de limitação de racionalidade na tomada de decisões.

Junto a contestação desse paradigma do *homo economicus*, na década de 1970, Kahneman e Tversky idealizaram a Teoria da Prospecção, que dá origem a um novo ramo de estudo da economia, então nomeado de economia comportamental (RIBEIRO e DOMINGUES, 2018, p. 462). No estudo, há a identificação que muitas das decisões, embora tenham um cunho racional, não são absolutas, tendo em vista que são, muitas vezes, baseadas em questões de incerteza e de dificuldade, suplantados por atalhos cognitivos (KAHNEMAN e TVERSKY, 1974, p. 1124).

A partir dessa análise, compreendendo que em muitas vezes o sujeito não optará pela decisão considerada como a mais adequada para si diante de um problema, há a possibilidade de se constituírem incentivos para tomada daquelas decisões consideradas como as melhores quando há uma situação de dificuldade no reconhecimento facilitado dessa opção. Tal incentivo é denominado de *nudge*.

O NUDGE COMO INSTRUMENTO DE PERSECUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA POR MEIO DA LEI

Intimamente ligado à Economia Comportamental, tem-se o termo *nudge*, que, em uma tradução não literal, pode ser tido como um estímulo ou cutucão, sendo compreendido como qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que possa mudar o comportamento das pessoas de forma previsível, em essência, melhorando as suas decisões e resultados, sem, contudo, restringir suas opções e liberdades (THALER e SUSTEIN, 2019, p. 14).

Comumente, o *nudge* é utilizado dentro das políticas públicas como uma forma de incentivo a tomada de melhores decisões, buscando o incremento em questões financeiras, saúde e educação (RIBEIRO; DOMINGUES, 2018, p. 466).

Nesses casos, o *nudge* serve como um incentivo para a tomada de decisão, utilizando-se de qualquer aspecto da arquitetura de escolhas da pessoa, cujo resultado é previsível, porém, com a ressalva de não vetar qualquer opção de escolha nem que seja alterado drasticamente seus já existentes incentivos econômicos (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 14). A posição final da decisão é sempre do próprio sujeito, possibilitando assim exercer sua total liberdade, mesmo sendo incentivada, de alguma forma, pelo idealizador do *nudge*, tido como o arquiteto de escolhas (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 21 e 101).

Para tanto, arquitetura de escolhas é o design do ambiente social de uma determinada forma que influencia as escolhas das pessoas, sendo compreendido como o pano de fundo ao qual são tomadas as decisões (SUNSTEIN, 2021, p. 1), podendo fornecer informações ou tornando-as claras, uma vez que, se não explicadas, seriam de difícil compreensão, assim, reduzindo a assimetria informacional e incentivando uma conduta.

Em suma, os *nudges* são idealizados como uma influência dentro do processo decisório, estimulando que melhores decisões sejam tomadas, melhorando, conseqüentemente, os resultados e decisões (GOREN *et al*, 2021, p. 94), sendo oferecidos em condições em que tenham “maior probabilidade de ajudar e menor chance de prejudicar” (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 87-88).

De toda a sorte, ao passo que a economia comportamental reconhece que uma decisão pode ser otimizada por intervenção externa através de incentivos, há também a necessidade de observar limites para que essas intervenções ocorram sem que haja um paternalismo exacerbado dentro desse processo de escolha, o que tolheria a liberdade individual de escolha das pessoas.

O PATERNALISMO LIBERTÁRIO E OS LIMITES PARA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA INDUÇÃO DAS TOMADAS DE DECISÃO INDIVIDUAIS

A ideia de paternalismo libertário é desenvolvida como uma forma de destacar que a intervenção estatal por intermédio de *nudges*, não obstante seja uma forma de tutela, não necessariamente se caracteriza como uma ameaça ao processo de livre escolha dos cidadãos (HORTA, 2017, p. 658).

Distingue-se o paternalismo em duas modalidades, suave (*soft*) ou rígido (*hard*). Na ideia de um paternalismo *soft*, o Estado deve proibir a ação que um indivíduo não teria tomado caso pudesse antever as consequências dessa mesma ação. Quanto ao paternalismo *hard*, tem-se como ideia de que o Estado deve proibir e tutelar a ação do indivíduo, ainda que na hipótese de ele manter a ação após a execução desse ato (LEITÃO *et al*, 2017, p. 279).

Assim, compreende-se que o Estado detém legitimidade em promover ou evitar determinados comportamentos, desde que não utilize de coação para esse fim (ROCHA e GALUPPO, 2017, p. 136). Essa premissa induz ao conceito cunhado como paternalismo libertário. É paternalismo por ter uma estreita relação com um arquiteto de escolhas, ou seja, uma vinculação paternalista. Por outro lado, é libertário, uma vez que as decisões finais são tomadas pelos cidadãos conforme livremente decidirem, diante da manutenção de sua possibilidade de escolha (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 13).

Acerca dos *nudges*, identificam-se dentro da noção de paternalismo libertário, demonstrando-se como formas de um paternalismo fraco e não invasivo, em razão de se tratar de uma arquitetura jurídica que tende a dirigir as pessoas para uma certa direção, porém, sem impedir ou vedar escolhas (THALER; SUSTEIN, 2015, p. 4).

Essa liberdade de escolha só pode ser assim mantida se afastadas tanto as coações quanto as sanções pecuniárias diretas pela tomada da ação diante da liberdade de escolha, situação que, frente a uma coação ou vinculação, estaria ligada a um paternalismo convencional. Por sua vez, os *nudges* privilegiam a liberdade através do conceito de paternalismo libertário, sendo incentivos de baixo custo (GOREN *et al*, 2021, p. 94), porém, muitas vezes utilizados em larga escala (BUJOLD; THULIN, 2021, p. 123).

Diante disso, observa-se que o inventivo ao emprego do ferramental da economia comportamental para a intervenção por meio de *nudges*, de forma alguma visa a restringir a atuação estatal. Pelo contrário, o que se busca demonstrar é a necessidade do agente público, ao buscar estabelecer uma norma na expectativa de um determinado comportamento dos cidadãos, analisar em quais situações se amoldam melhor os *nudges* do que a simples intervenção direta, compreendendo-se em quais situações se faz mais adequado manter a liberdade de escolha em detrimento das alternativas sancionatórias.

Essa premissa é particularmente adequada para a análise da atuação do Estado diante do estado pandêmico e da necessidade de se estimular comportamentos individuais que mitiguem os riscos de propagação do vírus. Ao redor do mundo se instaurou a pandemia do Coronavírus (COVID-19), abrangendo diversos países, ocasionando milhares de mortes. Diante da situação alarmante, o Congresso Nacional brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 6, de 2020 (BRASIL, 2020), decretou a ocorrência do estado de calamidade pública até o dia 31/12/2020.

Com o avançar do tempo, os óbitos e o número de infectados foram aumentando exponencialmente, ao passo que os leitos de hospital foram reduzindo de disponibilidade, o que levou uma preocupação geral em se reduzir o número de infecções.

Uma das modalidades de proteção contra a contaminação com o vírus é a partir da utilização de máscaras de segurança, inclusive, por iniciativa do Ministério da Saúde, por meio de sua Nota Informativa nº 3/2020 (BRASIL, 2020).

Por iniciativa do Governador do Estado do Paraná, houve a edição da lei 20.189, com publicação em 28 de abril de 2020, que trouxe em seu artigo 1º a seguinte obrigação: “Art. 1º - Obriga, no Estado do Paraná, o uso de máscara por todas as pessoas que se estiverem fora de sua residência, enquanto perdurar a pandemia do Coronavírus SARS-CoV-2 (PARANÁ, 2020)”.

Em caso de descumprimento quanto ao uso das máscaras, por força do artigo 3º da mesma lei, estão cominadas as seguintes sanções:

Art. 3º - O não cumprimento do disposto nesta Lei poderá acarretar sanções pecuniárias que poderão variar:

I - para pessoas físicas: de 1 UPF/PR (uma vez a Unidade Padrão Fiscal do Paraná) a 5 UPF/PR (cinco vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná);

II - para as pessoas jurídicas: de 20 UPF/PR (vinte vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná) a 100 UPF/PR (cem vezes a Unidade Padrão Fiscal do Paraná).

§ 1º Em caso de reincidência os valores poderão ser dobrados, sem prejuízo de outras sanções constantes em regulamentos específicos.

§ 2º Os recursos oriundos das penalidades serão destinados às ações de combate à Covid-19 (PARANÁ, 2020).

A título de contextualização, à época da edição da normativa, ou seja, para o mês de abril/2020, segundo a Resolução 236 da SEFA/PR, cada UPF/PR equivalia a R\$ 106,60.

Em complemento, a justificativa para redação da referida lei é exarada em seu artigo 4º, que assim dispõe:

Art. 4º - Deverá ser realizada ampla divulgação da presente Lei, inclusive da multa imposta em razão do descumprimento, com o objetivo de conscientizar a população sobre a importância do uso de máscara de barreira (PARANÁ, 2020).

Ou seja, como visto, a escolha legislativa é pela aplicação de multas em prol do incentivo à utilização das mascadas de proteção.

A título de informação, essa modalidade de intervenção ocorreu em diversas outras localidades, como pode ser citado de forma exemplificativa o Decreto nº 64.959/2020, do Estado de São Paulo e o Decreto nº 40.648/2020, do Distrito Federal. Na mesma esteira, aproveitando o exemplo do estado do Paraná, sua capital, Curitiba, também prevê em sua lei 15.799/2021 a possibilidade de aplicação de multas pela ausência de uso de máscaras.

LIBERDADES E BEM-ESTAR

Como visto nas legislações acima citadas, no modelo observado na pandemia do COVID-19, houve uma tendência estatal de intervenção direta em questões atinentes à proteção individual, na busca da redução dos índices de contágio com o vírus. A iniciativa, a princípio, é louvável do ponto de vista de tentativa da redução da mortalidade pelo vírus e pela redução

da infecção das pessoas, porém, passados mais de um ano do início da pandemia, há uma sensação de que a previsão de multa não atingiu diretamente seu objetivo inicial.

Essa multa pecuniária prevista introduz uma obrigatoriedade de cumprimento do comando legal sob pena de pagamento de multa, ou seja, não visa a conscientização ao uso das máscaras, mas sim, de criar um estado de medo tão grande quanto a própria saúde e a vida, partindo para a questão financeira das pessoas físicas e jurídicas.

Dentro da unidade pessoal, adentra o Estado e restringe as liberdades individuais das pessoas entre utilizar ou não algo que afeta sua saúde, afetando diretamente seu patrimônio em vista da saúde pública, porém, sem nem ao menos observar se esse nível de intervenção é, de fato, eficaz. As respostas do Estado devem partir de dados e não de especulações.

Buscando o exemplo da Cidade de Curitiba, de 12 (doze) milhões de reais aplicadas de multas em fiscalizações contra a Covid-19 referente às mascaradas de proteção, apenas uma infração de 550 (quinhentos e cinquenta) reais foi quitada, decorrentes de 1,3 mil autos de infração lavrados na cidade (RPC, 2021).

Naturalmente, os sujeitos detêm liberdade de escolha, principalmente em assuntos que trazem consequências para si próprios. Em contrapartida, há um dever com a proteção ao bem-estar social, presentes nesse modelo de legislação visando o fato de reduzir a propagação do vírus e, assim, aumentar a possibilidade de tratamento adequado aos infectados pelo Covid-19. Dentro da tensão entre liberdades e bem-estar social, a intervenção paternalista a partir de sanções respeita o direito de escolha das pessoas? Os conceitos da economia comportamental, em especial a ideia de um *nudge*, não se amoldaria melhor à problemática existente?

Para que se responda a essas perguntas, de anteaço, faz-se pertinente suscitar as noções de bem-estar e efeitos prejudiciais a partir do estudo do custo social da norma, observando se, num ambiente em que há a previsão de uma tentativa de incentivo à utilização das máscaras e a previsão de multas, se a finalidade da norma é eficaz face ao seu custo social.

Em prosseguimento, suscitam-se as noções de liberdade dentro de dois perfis distintos, o primeiro, segundo Amartya Sen dentro de sua análise de políticas públicas, no caso, sob a ótica da política pública de aplicação de sanção pecuniária em restrição da liberdade individual em privilégio a saúde e bem-estar público.

De outro lado, suscita-se a abordagem do ponto focal com características comportamentais segundo Kaushik Basu, observando os efeitos da assimilação de uma nova lei em dentro da concepção de preferências e valores individuais das pessoas, observando o efeito da aplicação da multa dentro da esfera privada das pessoas.

Ao final, como ponto de convergência dos conceitos apresentados, será abordado o exemplo de *nudge* instituído no Texas visando a redução de lixos nas rodovias locais.

BEM-ESTAR E OS EFEITOS PREJUDICIAIS

Na análise do custo social, Ronald Coase preceitua relevante compreensão sobre o conceito de bem-estar diante da abordagem jurídica ao problema dos efeitos prejudiciais nas atividades (COASE, 2008, p. 15), e de como considerá-lo no âmbito da percepção das formas de intervenção do Estado na ordem econômica.

A abordagem jurídica dos efeitos prejudiciais, segundo Coase, deve ser acompanhada da percepção do fato de que “haverá quase sempre um ganho para compensar um prejuízo” (COASE, 2008, p. 16).

Quando as pessoas pugnam por uma intervenção estatal para que se resolva um determinado problema social, há que se trabalhar na noção que muitas interrupções e restrições

podem ser socialmente justificáveis, se seus ganhos fossem maiores do que os efeitos negativos, seja pelo ganho ou pela redução da perda (COASE, 2008, p. 22).

Posteriormente, nesse mesmo ensaio, Coase, ao utilizar do exemplo da transgressão de um semáforo de trânsito⁴, conclui que, muitas vezes, a alteração dos arranjos ideais de ganhos sociais e privados é de difícil realização, uma vez que podem trazer prejuízos mais sérios do que o próprio *status quo* (COASE, 2008, p. 28).

Neste contexto, a mobilização de todo um grupo de profissionais para realizarem a fiscalização e a autuação das pessoas que não utilizaram as máscaras de proteção em ambiente público, visto o irrisório índice de pagamento das multas aplicadas, demonstram que o valor investido pela coletividade na mobilização da fiscalização é maior do que os proveitos financeiros obtidos com a reversão da receita advinda dessas multas, ou seja, deixa-se de investir no problema, no caso, na saúde pública, para que se invista na prevenção do problema, no caso, na fiscalização, que se mostra ineficaz, ou seja, gerando custos de transação na medida do Estado.

Diante dessas noções acima colacionadas, tem-se a atuação estatal pautada pela compreensão de que os agentes econômicos ponderam, em regra, os custos e benefícios de cada escolha, de forma que suas condutas são racionais maximizadoras do seu próprio bem-estar (GICO JR, 2011, p. 22). Ocorre que, na perspectiva obtida pelo caso analisado, a situação financeira se manteve pelo não pagamento das multas.

Dentro dessa perspectiva, se cada um dos agentes tende a procurar pela maximização do seu bem-estar, ressalvados os vieses e heurísticas no processo de decisão, há uma noção que, por si só, cada uma das pessoas saberá, na maioria das vezes, o que deve ser feito no caso de um quadro pandêmico como o vivido diante da COVID-19. Dessa forma, tanto pela perspectiva ética como pela racionalidade econômica, infere-se, como premissa maior, que todo cidadão, compreendendo o quadro pandêmico, partiria da utilização da máscara de proteção quando em ambientes expostos à presença de outras pessoas, como forma de proteção pessoal, e em respeito aos demais presentes.

Em casos de decisões mais difíceis, ou com um risco elevado, o paternalismo libertário, por meio dos *nudges*, pode suprir como incentivador da melhor conduta em prol da saúde individual e da coletividade.

Por fim, quando se trabalha com noções de ganhos e perdas nas decisões a partir de escolhas legislativas, há também uma dificuldade de se tentar fundar arranjos ideais para uma pandemia, correndo o risco de levar a um prejuízo maior do que os riscos já existentes se mantidas as normativas com menores mudanças à normalidade da vida em sociedade.

EXERCÍCIO DAS LIBERDADES EM AMARTYA SEN

Quanto ao exercício de liberdades, Amartya Sen expõe as linhas gerais o que acredita ser a liberdade na contemporaneidade. Sen inicia indicando que boa parte o estudo acerca da quantificação do crescimento humano reside em questões financeiras (PIB e PNB), concentrando-se em objetos inanimados para quantificar esses dados (SEN, 2009, p. 225).

Ocorre que, em muito se afastam essas quantificações sobre questões pessoais das pessoas, confundindo-se o meio com o fim. Os bens materiais são os meios utilizados para que se chegue a finalidade de felicidade, ter uma vida boa e que valha a pena (SEN, 2009, p. 226).

⁴ Coase trabalha o exemplo de uma cidade com semáforos. Nessa cidade, caso o motorista se encontre em um cruzamento com um sinaleiro fechado, se, ao analisar o cruzamento, percebesse que não havia qualquer outro carro, ignorar o sinal vermelho traria um ganho social, pois reduziria seu tempo em trânsito, porém, seu ganho privado seria menor do que o ganho social, uma vez que receberia as sanções pecuniárias e administrativas pela sua transgressão (COASE, 2008, p. 28).

Para o autor, em que pese as liberdades substantivas estejam conectadas aos bens materiais, elas podem frequentemente divergir.

Os fatores financeiros, sem dúvidas, auxiliam para que se tenha uma vida mais longa, porém, essa liberdade só pode ser exercida em sua totalidade quando há uma organização social decente, uma saúde pública eficaz, níveis de escolarização elevados e afins (SEN, 2009, p. 226).

Com isso, há um interesse não apenas na vida em que conseguimos levar, “mas também na liberdade que realmente temos para escolher entre diferentes estilos e modos de vida” (SEN, 2009, p. 226). Essa liberdade em se determinar a natureza das próprias vidas é um dos aspectos mais valiosos da experiência de se viver nas palavras de Sen (SEN, 2009, p. 227).

A partir da abdicação prefacial de um ideal meramente econômico de liberdade, Sen indica que a liberdade é valiosa por duas razões diferentes. A primeira é que quanto mais liberdade se tem, maior a oportunidade de se buscar nossos próprios objetivos. O segundo é que, com liberdade, as pessoas podem atribuir importância ao próprio processo de escolha, não estando “forçados a algo por causa de restrições impostas por outros” (SEN, 2009, p. 228).

Essa é a grande chave para unir as sanções impostas em razão de quem não utilizar as máscaras de proteção e as liberdades individuais das pessoas. Pelo pensamento de liberdades de Sen, a liberdade é valiosa tanto para a busca dos objetivos quanto para as pessoas terem seu próprio direito e processo de escolha.

Quando há uma normativa obrigando a utilização de máscaras e sancionando quem não o faz, o sujeito perde sua liberdade de escolher aquilo que realmente quer fazer, por suas próprias convicções, ainda, não lhe sendo oportunizado buscar seus próprios objetivos, quer sejam socialmente adequados ou meramente egoístas.

Nesse ponto, os *nudges* se adequam por haver a manutenção da possibilidade de escolha das pessoas, em que pese sejam estimuladas e influenciadas a tomarem melhores decisões definidas pelo arquiteto de escolhas.

Ao final, em que pese a decisão de boa parte das pessoas seja a mesma entre uma normativa paternalista e uma outra através do *nudge*, cabe aqui dizer que o aspecto de oportunidade da pessoa é afetado pois o sujeito não pode chegar a uma conclusão por si mesmo nem conjecturar livremente suas alternativas, onde aplica-se que os “resultados abrangentes” (SEN, 2009, p. 229), ou seja, a forma como a pessoa atinge uma situação culminante foi afetada de forma restritiva a sua liberdade.

EXERCÍCIOS DAS LIBERDADES EM BASU

O economista Kaushik Basu traz um outro prisma de análise acerca do processo decisório dos sujeitos e de como exercem suas liberdades individuais. Em sua obra, o autor trabalha com o conceito da “abordagem do ponto focal com características comportamentais” (BASU, 2018, p. 160).

Em sua abordagem, há o reconhecimento que uma nova lei afeta as preferências e os valores das pessoas. Nesse contexto, as leis podem trazer confiança em seu conteúdo, mas também podem ser vistas com efeitos arbitrários, ou ainda causar comportamento nas pessoas ao extremo oposto do que dita a lei (BASU, 2018, p. 160). Com o reconhecimento de que a lei altera o comportamento e preferência das pessoas, evidentemente há o conflito com seus próprios ideais de liberdade.

Em muitos casos de intervenção direta, os governantes compreendem que eles sabem o que é melhor para os indivíduos afetados pela lei (BASU, 2018, p. 168). Ocorre que, em muitos

desses casos, há um intrínseco problema em razão da liberdade individual das pessoas face ao paternalismo (BASU, 2018, p. 168).

O autor indica que há uma série de atividades que são muito perigosas e não detém qualquer tipo de proibição ou normativas mínimas de segurança, ao passo que outras detém um grau de risco muito menor, porém, uma vasta gama de normativas (BASU, 2018, p. 168).

Um argumento válido seria de que há uma questão da transmissão do Coronavírus para terceiros, porém, retornando ao exposto acima, as leis têm o poder de serem vistas como arbitrárias e de causar um comportamento oposto nas pessoas, o que causaria uma instabilidade no controle de infectados com o vírus.

Ocorre que, em alguns casos, a lei também tem o condão de traçar incentivos para as pessoas (BASU, 2018, p. 169), atraindo aqui uma finalidade pretendida pela lei, porém, sem transgredir a liberdade individual do sujeito afetado pela normativa.

Atraindo a ideia do paternalismo libertário, nem sempre a solução vem necessariamente da instituição de uma legislação para fins de incentivo. Em alguns casos, basta que o incentivo venha através da informação, como ocorreu no exemplo do Texas visando a redução dos lixos nas rodovias (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 72).

Neste caso, o governo texano buscou, através de campanhas publicitárias de alto custo convencer as pessoas de que era seu dever cívico de parar de jogar lixo nas rodovias. Ocorre que, ao contrário do que o pretendido, houve a frustração na redução da produção e acúmulo de lixo nas rodovias, muito em razão de ser absorvido que havia o interesse de uma elite burocrática em mudar o comportamento das pessoas locais (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 72).

Ao contrário das primeiras campanhas publicitárias, no ano de 2006 os funcionários públicos decidiram partir para um *nudge* a partir de um slogan, que era “não mexa com o Texas”, visando tornar público um slogan que traria à tona o espírito e orgulho do Texas. Com a moção de jogadores de futebol americano e artistas em prol da finalidade do slogan, houve sua popularização, inclusive, sendo possível obter camisetas e canecas com o slogan (THALER e SUNSTEIN, 2019, p. 73).

Como resultado, atualmente cerca de 95% dos texanos conhecem o slogan, tendo sido reduzido o lixo do estado em 29% no primeiro ano. Já em seus primeiros seis anos, houve a redução de 72% do lixo visível nas rodovias (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 73).

O exemplo citado demonstra que a via do incentivo pela informação é viável em políticas públicas. Observando pela ótica das máscaras de proteção, as inspeções visando o controle de seu uso geraram uma possibilidade de ativo de 12 (doze) milhões de reais, porém, nem 1% dos valores das multas foram pagos, ou seja, a máquina pública movimentou diversos profissionais e recursos financeiros para realizar este controle, porém, o fim não foi absorvido pela sociedade.

Situação semelhante foi vista no exemplo do Texas, as pessoas locais não se identificavam com as propagandas e publicidades dispendiosas realizadas pelo Estado, tendo em vista que sentiam que sua liberdade estava sendo tolhida por uma elite burocrática que impunha determinada realidade para suas vidas. Ocorre que, por mais que em ambos os casos houvesse uma finalidade louvável por trás das iniciativas, se ela não é absorvida pela sociedade, não passa de mais um custo sem o seu devido retorno positivo.

Como visto, uma alternativa viável é dada pelo paternalismo libertário, uma intervenção leve dentro dos incentivos recebidos para tomada da melhor decisão, como amplamente relatado anteriormente, sem que haja um constrangimento pela tomada de uma decisão contrária ao *nudge* proposto, inclusive, educando os recebedores dos incentivos, o que também é uma de suas funções (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 127).

Nesse sentido, a mobilização pela informação se mostra uma alternativa viável e que já tem precedentes positivos, como no Texas, mostrando-se uma forma de paternalismo *soft*

⁵ Original: “don’t mess with Texas”.

que, em seu cerne, detém o mesmo interesse da política pública de aplicação de multas, que é a promoção das liberdades individuais, traçando um incentivo que conversa com a liberdade da pessoa incentivada, recebedora deste *nudge*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia do COVID-19, permanece dentro das pautas para fins de controle da contaminação da sociedade, possibilitando um tratamento de saúde adequado para todas as pessoas. Ocorre que, dentro das políticas públicas já realizadas para tentativa do controle, diversas não alcançaram seus objetivos.

Diante do problema, inúmeras normativas para proteção diante do Coronavírus são editadas, medidas essas que, segundo Basu, o governante entende como eficazes, porém, sem respeitar as liberdades individuais, mesmo que, diante da intervenção, o resultado fosse o mesmo, uma vez que a vontade final é decorrente da decisão deliberada do sujeito e não de um imperativo legal.

Uma das soluções para que se mantenha as liberdades individuais sem que haja um descaso governamental no incentivo a boas práticas no período pandêmico é o fazer através de *nudges*. Os *nudges*, como exposto, têm, muitas vezes, o condão de educar as pessoas para melhores práticas relacionadas a saúde, permitindo que a decisão final seja tida pela própria pessoa, utilizando-se das noções do paternalismo libertário para tanto.

Em que pese o resultado seja, em muitas situações, o mesmo entre a sanção e o *nudge*, na segunda opção há o sentimento de transgressão ao aspecto de oportunidade da liberdade, levando, muitas vezes, ao inconformismo com o conteúdo legal, assim como relatado por Basu.

A propósito, uma alternativa viável, a partir dos estudos da economia comportamental, parte da aplicação de um incentivo pela informação, seguindo o exemplo do estado do Texas, nos Estados Unidos da América no controle da poluição nas rodovias. Seu controle foi realizado pela instituição de um *slogan* que fora capaz, com um investimento muito menor do que o programado e mantendo a liberdade individual das pessoas, em incentivarem a tomar uma melhor decisão.

Essa iniciativa, além do custo menor e da manutenção da liberdade individual, ainda trata de, ao invés de impor uma sanção, trata de estabelecer a conscientização aos recebedores do incentivo, assim, privilegiando a propagação da informação a partir do incentivo social pela informação.

Em períodos extremos como o vivido com o Covid-19, depende-se muito da combinação correta entre intervenções legais e espaço para as escolhas individuais (BASU, 2018, p. 202), de forma que o incentivo correto é apto a incentivar uma melhor conduta sem que haja um grande investimento de tempo e recursos financeiros, mantendo ainda a possibilidade de escolha individual das pessoas.

REFERÊNCIAS

BASU, Kaushik. **The Republic of Beliefs**. Princeton: Princeton University Press, 2018.

BRASIL, **Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Nota Informativa Nº 3/2020-CGGAP/DESF/SAPS/MS**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/Abril/04/1586014047102-Nota-Informativa.pdf>>. Acesso em 1 jul. 2020.

BUJOLD', Philippe M.; THULIN, Erik. Complex Behavioral Challenges Require Multi-Faceted Behavioral Solutions: Driving Change in Sustainable Agriculture. In: SAMSON, Alain (Coord.) **The Behavioral Economics Guide 2021**. p. 122 – 131. Disponível em: <https://www.behavioraleconomics.com/be-guide/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

COASE, Ronald H. O Problema do Custo Social. Trad. Francisco K. F. Alves e Renato V. Caovilla. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, Vol. 3, 2008.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto nº 40.648, de 23 de abril de 2020**. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/b7e515eba350474d85dfefbf9ofdac1d/Decreto_40648_23_04_2020.html>. Acesso em: 1 jul. 2020.

GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, KLEIN, Vinícius (Coord.) **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOREN, Amir; PATEL, Mitesh; MEYER, Michelle N.; CHABRIS, Christopher F. Crowdsourcing nudges: insights and experiences from two healthcare systems. In: SAMSON, Alain (Coord.) **The Behavioral Economics Guide 2021**. p. 94 – 103. Disponível em: <https://www.behavioraleconomics.com/be-guide/>. Acesso em: 02 ago. 2021.

HORTA, Ricardo Lins. **Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas Sobre o “Paternalismo Libertário”**. Fortaleza: Pensar, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: uma ideia viável? **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 1, p. 273-288, 2017.

PARANÁ (Estado). **Lei nº 20.189, de 30 de abril de 2020**. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=234172&indice=1&totalRegistros=2&dt=19.5.2020.17.33.28.73>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: A Racionalidade em Mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018.

ROCHA, Bruno Anunciação; GALUPPO, Marcelo Campos. Paternalismo Libertário no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, 53, n. 210, p. 135-148, abr./jun. 2016.

RPC CURITIBA. De R\$ 12 milhões em multas emitidas em fiscalizações contra Covid-19 em Curitiba, apenas uma infração de R\$ 550 foi paga. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/05/24/de-r-12-milhoes-em-multas-emitidas-em-fiscalizacoes-contracovid-19-em-curitiba-apenas-uma-infracao-de-r-550-foi-paga.ghtml>> Acesso em: 1 ago. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.959, de 04 de maio de 2020**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64959-04.05.2020.html>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Ricardo D. Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Schwarcz. 2009.

SUNSTEIN, Cass R., **Nudges.gov: Behavioral Economics and Regulation**. Forthcoming, Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law (Eyal Zamir and Doron Teichman eds.), Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2220022>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Trad. Fernanda Cohen. **Civilistica.com**. Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 69, p. 99-118, 1955.

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

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science, New Series**, Vol. 185, n. 4157. p. 1124-1131, 1974.