



Pedro Ramalhete de Aguiar

Paternalismo Libertário, Arquitetura de Escolhas e *Nudges*

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Orientadora: Professora Doutora Maria
Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro
Dezembro de 2022



Pedro Ramalhete de Aguiar

Paternalismo Libertário, Arquitetura de Escolhas e *Nudges*

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Orientadora: Professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes

Comissão Julgadora

Prof. Doutora Maria Celina Bodin de Moraes

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Doutora Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Doutora Renata Vilela Multedo

Bodin de Moraes consultoria e Vilela e Fernandes Advogados

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Ficha Catalográfica

Aguiar, Pedro Ramalhete de

Paternalismo libertário, arquitetura de escolhas e nudges / Pedro Ramalhete de Aguiar ; orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes. – 2023.

120 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2023.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Direito civil-constitucional. 3. Racionalidade limitada. 4. Arquitetura de escolhas. 5. Nudge. 6. Paternalismo libertário. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

À minha filha, Ana, amor incondicional e inexplicável que todos os dias relembra como é bom não ser racional. À Livia, amor, apoio e compreensão diários. Se não pude me fazer presente em todos os momentos você o fez por nós dois.

À minha mãe, Sonia, que só agora, já pai, eu posso compreender. Ao meu pai, Plínio, por tudo, nossos papos sobre decisão deram origem a este arrazoado. Aos meus mais que avós, Tulia e Clóvis. À vovó Didi.

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria Celina Bodin de Moraes, referência de todos nós, não somente pelas aulas e orientação, mas também pela sua generosidade intelectual e compreensão. Foi um privilégio e uma honra tê-la como orientadora. Eventuais méritos desta dissertação devem ser direcionados à professora Celina, as falhas ao autor.

Às professoras Thamís Dalsenter Viveiros de Castro e Caitlin Sampaio Mulholland pelo entusiasmo neste projeto acadêmico.

Às professoras e aos professores do programa de mestrado da PUC-Rio: Aline de Miranda Valverde Terra, Ana Luíza Nevares, Carlos Nelson Konder, Marcelo Calixto, Nádia Araújo, Roberta Mauro, Ronaldo Cramer e Vitor Almeida, exemplos de entrega e amor ao conhecimento.

Agradeço também ao professor Marcos Avila, meu professor no programa de administração da COPPEAD/UFRJ, por ter me iniciado no fascinante mundo da tomada de decisão.

Aos amigos que fiz na turma do mestrado de Direito Civil da PUC-Rio do ano de 2020, Ana Luíza Fernandes, Bruna Kamarov, Carolina de Marsillac, Cristiano Schiller, Daniel Viégas, Daniela Domingues, Diego Monteiro Baptista, Isabel Dunshee, Felipe Kadlec, Guilherme Macedo, Leonardo Ribeiro da Luz, Manoela Medeiros Sales, Maria Eduarda Echeverria Magacho, Maria Gentil, Paulo Mostardeiro, Pedro Alberto Schiller de Faria, Pedro de Abreu Campos e Pedro Sack. Pessoas que admiro e muito me ensinaram. Ao escolher um programa de mestrado você tem a oportunidade de escolher a instituição, as cadeiras e orientador(a). Com vocês eu tive apenas sorte. Muita sorte. Obrigado.

Aos amigos Conrado e Gustavo, obrigado e perdão pelas trocas monotemáticas.

Tenho a sorte de cultivar amigos de infância. Obrigado a todos vocês.

A escolha por um programa de mestrado não é racional. São horas de estudo diárias, finais de semana trancados e convites sociais recusados. A escolha nos tira do conforto intelectual e principalmente nos subtrai momentos preciosos com quem

amamos. Faria tudo novamente. Obrigado a todos que compreenderam e me apoiaram.

Agradeço aos meus pais e avós por tudo, hoje e sempre.

Agradeço, em especial, à Livia. Não é a primeira vez que uma empreitada intelectual nos rouba momentos juntos. Obrigado por todo o apoio e compreensão.

RESUMO

RAMALHETE DE AGUIAR, Pedro. *Paternalismo Libertário, Arquitetura de Escolhas e Nudges*. Rio de Janeiro, 2022. 120 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O escopo da presente dissertação é demonstrar como os conceitos de arquitetura de escolhas e *nudge*, pensados sob a ótica do paternalismo libertário, podem ser compatibilizados com o direito civil-constitucional e utilizados como instrumento de promoção do bem-estar em diversos aspectos da vida. Para tanto, serão fixadas as premissas sobre tomada de decisão utilizadas como base do paternalismo libertário. Como lastro teórico, serão apresentadas as principais conclusões dos estudos de Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre racionalidade limitada para comprovar que as pessoas não são tão racionais quanto imaginam ser e cometem erros de julgamento previsíveis e sistemáticos. Neste ponto, as principais heurísticas e vieses cognitivos serão trabalhados com o escopo de se provar o conceito de racionalidade limitada. Fixadas as premissas, será apresentado o conceito de Paternalismo Libertário, arquitetura de escolhas e *nudge* de Richard Thaler e Cass Sunstein. Serão discutidos os filtros de legitimidade para as intervenções na arquitetura de escolhas desenvolvidos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch e se buscará compatibilizar tais filtros com a realidade civil-constitucional. Por fim, se buscará demonstrar que o legislador brasileiro, ainda que sem o recente arcabouço teórico das ciências cognitivas, concilia os conceitos de racionalidade limitada e arquitetura de escolhas e se utiliza de diversos instrumentos que poderiam ser entendidos dentro do contexto Paternalista Libertário.

Palavras-chave: Direito Civil-Constitucional; Racionalidade Limitada; Heurísticas; Vieses; Paternalismo Libertário; Arquitetura de Escolhas; Nudge.

ABSTRACT

Ramalhete de Aguiar, Pedro. *Libertarian Paternalism, Choice Architecture and Nudges*. (Paternalismo Libertário, Arquitetura de Escolhas e Nudges). Rio de Janeiro, 2022. p. 120. *Thesis*. (Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica) – Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro Law School.

The scope of this dissertation is to demonstrate how the concepts of choice architecture and nudge, seen through the lens of libertarian paternalism, can be compatible with civil-constitutional law and used as an instrument for the promotion of well-being in various aspects of life. For this purpose, assumptions about decision-making shall be fixed as a base for libertarian paternalism. First, as a theoretical foundation, we discuss the findings of studies by Daniel Kahneman and Amos Tversky about bounded rationality to prove that people are not entirely as rational as they might think and make predictable and systematic errors of judgment. At that point, we will work on the heuristic principles and cognitive biases to prove the concept of bounded rationality. Then, with these assumptions fixed, we shall present Richard Thaler and Cass Sunstein's concept of Libertarian Paternalism, choice architecture, and nudge. Next, the filters of legitimacy surrounding interventions in the choice architecture shall be discussed, focusing on those developed by Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch, aiming to bring such filters in line with the civil-constitutional reality. Finally, this thesis will demonstrate that the Brazilian legislator, even without the current theoretical framework of cognitive sciences, reconciles the concepts of bounded rationality and choice architecture and uses various instruments which could understand within the Paternalist Libertarian context.

Keywords: Civil-Constitutional; Bounded Rationality; Heuristics; Biases; Libertarian Paternalism; Choice Architecture; Nudge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – O MITO DO HOMEM RACIONAL.....	16
1.1 O sistema dual	17
1.2 Heurísticas e vieses.....	19
1.3 Dificuldade de autocontrole.....	27
1.4 Racionalidade limitada e decisões judiciais	29
1.5 Erros previsíveis e sistemáticos podem ser ignorados?.....	34
CAPÍTULO 2 – PATERNALISMO LIBERTÁRIO.....	36
2.1 Paternalismo jurídico.....	36
2.1.1 Conceito.....	36
2.1.2 Classificações	42
2.2 Paternalismo libertário, arquitetura de escolhas e <i>nudge</i>	44
2.2.1 Conceito.....	44
2.2.2 Principais objeções e respostas.....	56
2.2.3 Classificações	58
2.2.4 Legitimidade da arquitetura de escolhas	58
CAPÍTULO 3 – O ORDENAMENTO JURÍDICO VISTO COMO UMA ARQUITETURA DE ESCOLHAS	66
3.1 Doação de órgãos e arquitetura de escolhas	68
3.1.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas	74
3.2 Impenhorabilidade e arquitetura de escolhas.....	76
3.2.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas	83
3.3 Regime de bens, sucessão e a arquitetura de escolhas	85
3.3.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas	98
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS	107

*Que obra de arte é o homem! Que nobre na razão, que infinito nas faculdades, na expressão e nos movimentos, que determinado e admirável nas ações; que parecido a um anjo de inteligência, que semelhante a um deus!*¹

¹ SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. São Paulo: Abril Cultural, 1976. p. 87.

INTRODUÇÃO

Dois psicólogos, um economista e um jurista se encontram... Essa frase poderia ser o início de mais uma anedota de estereótipos se não representasse uma das mais importantes contribuições para as ciências sociais dos últimos anos.

Daniel Kahneman e Amos Tversky, ambos psicólogos, desenvolveram o conceito de racionalidade limitada. O principal *insight* da dupla sobre tomada de decisão e racionalidade limitada foi: se as pessoas cometem erros sistemáticos, o seu comportamento é previsivelmente diferente daquele apresentado pelos modelos de escolha racional.

As conclusões sobre a tomada de decisão derivadas das pesquisas de Kahneman foram encampadas por economistas criando uma nova escola, a economia comportamental.² Com efeito, a economia de mercado não explica diversos fenômenos constatados diuturnamente, afinal, nem sempre as pessoas agem no seu melhor interesse.

O *insight* quanto ao racionalismo limitado restou desenvolvido pelo economista, nosso segundo protagonista. Richard Thaler, inspirado pelas pesquisas de Kahneman e Tversky, adere ao estudo da racionalidade limitada e seus efeitos no mercado.³

No terceiro ato deste encontro surge o jurista. Cass Sunstein⁴, conjuntamente com Thaler, dá vida e aplicação pragmática para a teoria de tomada de decisão desenvolvida por Kahneman. Aqui surgem os conceitos de paternalismo libertário, arquitetura de escolhas e *nudge*.

² Kahneman recebeu o Prêmio Nobel de economia em 2002. Segundo apontado pela comissão julgadora do Prêmio Nobel a premiação se deu: “pela integração dos *insights* da pesquisa no campo da psicologia na ciência econômica, em especial quanto ao julgamento e tomada de decisão sob incerteza” (tradução livre) (Daniel Kahneman – Facts. NobelPrize.org. Nobel Prize Outreach AB 2022. Fri. 25 Nov 2022. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>).

³ Thaler recebeu o Prêmio Nobel de economia em 2017. Segundo apontado pela comissão julgadora do Prêmio Nobel a premiação se deu: “pela sua contribuição na economia comportamental.” (tradução livre) (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2017/thaler/facts/>).

⁴ Sunstein recebeu o Prêmio Holberg de 2018. Segundo apontado pela comissão julgadora: “Cass Sunstein é um dos estudiosos mais originais, prolíficos e influentes de nosso tempo. Seu trabalho redefiniu vários campos acadêmicos e as aplicações práticas de sua pesquisa tiveram um impacto de longo alcance nas políticas públicas.” (tradução livre) (<https://holbergprize.org/en/holberg-prize/prize-winners/cass-r-sunstein>).

A proposta de Thaler e Sunstein parte de duas premissas. A primeira é a de que “no nosso mundo cada vez mais complicado, não se pode esperar que as pessoas sejam competentes para tomar decisões sequer próximas ao ideal em todos os âmbitos em que são obrigadas a escolher.”⁵ A segunda diz respeito ao contexto em que a decisão é tomada. Para os autores sempre existirá algum contexto e tal contexto inevitavelmente influencia o tomador de decisão para alguma das escolhas possíveis.

Partindo destas duas premissas, a proposta dos autores é que, quando possível, o contexto seja pensado de forma a direcionar o tomador de decisão para a decisão que melhor atenda aos seus interesses. Contudo, ressaltam os autores, este direcionamento não pode dificultar ou limitar qualquer das opções postas ao tomador de decisão. A liberdade deve ser integralmente preservada.

Você troca esta bicicleta por uma meia? Este era o tipo de pergunta realizada pelos apresentadores dos populares programas infantis onde a criança alvo do questionamento era colocada numa cabine à prova de som e sem poder visualizar o bem objeto da permuta. Eram realizadas trocas sucessivas “no escuro” e a atração para os telespectadores consistia em observar aquelas permutas que fugiam à racionalidade. Afinal, o que poderia ser mais inexplicável para a mente infantil do que a troca da sonhada bicicleta por uma insossa meia?

Um telespectador desavisado poderia se pegar interagindo com o televisor tentando ajudar aquela criança a escolher o melhor brinquedo, orientá-la em direção à bicicleta.

O exemplo, mais do que nostálgico para aqueles que viveram os anos 80, pode iniciar a reflexão sobre o paternalismo libertário. Imaginemos que fosse permitido pela direção do programa que o pai dessa criança se posicionasse na frente da cabine e com um sinal de “ok” pudesse dar uma dica para seu filho sobre o brinquedo que ele acredita que seu filho escolheria para si. O filho, dentro da cabine, poderia livremente adotar a dica de seu pai ou não. Na segunda hipótese

⁵ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 336.

seguiria com infinitas permutas sem qualquer repreensão paterna. Na primeira, sairia com a sonhada bicicleta. Este “ok” dado pelo pai alterou o contexto de escolha e poderia ser entendido como uma intervenção paternalista libertária.

A presente dissertação estrutura-se em três partes. A divisão em capítulos buscou observar a seguinte ordem: premissas, conceito e aplicação.

Assim, no primeiro capítulo serão fixadas as premissas sobre tomada de decisão utilizadas como base do paternalismo libertário. Como lastro teórico, serão apresentadas as principais conclusões dos estudos de Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre racionalidade limitada para comprovar que as pessoas não são tão racionais quanto imaginam ser e cometem erros de julgamento previsíveis e sistemáticos.

As principais heurísticas e vieses cognitivos serão discutidos com o escopo de se provar o conceito de racionalidade limitada. Por evidente, não serão trabalhados todos os vieses cognitivos mapeados, mas apenas iniciada a matéria para que se possa adentrar nos estudos sobre o paternalismo libertário.

Como se verificará, neste ponto houve o cuidado de se buscar exemplos de “erros cognitivos” envolvendo o judiciário. Tal opção se justifica por três razões. A mais óbvia delas diz respeito ao campo social em que se insere esta dissertação que, apesar de tocar elementos interdisciplinares, se trata de uma dissertação jurídica. Outro fator de extrema relevância para a escolha é a existência de dados. As decisões judiciais são públicas e devem ser fundamentadas, assim, a base de dados para a pesquisa se mostra abundante. Como terceiro fator a justificar a pesquisa quanto às decisões judiciais se apresenta a quebra da visão idealizada do julgador como ser dotado de capacidades ímpares de racionalidade. Neste sentido se verificará que os julgamentos são influenciados por fatores exógenos aparentemente irrelevantes. Cansaço, fome, temperatura e até a derrota do time do coração dos jogadores acabam por influenciar o processo decisório.

O objetivo que se espera alcançar ao final deste primeiro capítulo, mais do que apontar erros no processo decisório judicial, é demonstrar que as pessoas não

atuam de forma reflexiva em grande parte de suas decisões. Comentem erros, afinal, “errar é humano”.

No segundo capítulo será introduzido o conceito de paternalismo jurídico unicamente para que se possa desenvolver e afastar as objeções ao paternalismo libertário. Na sequência, conferindo efetiva concretude aos estudos sobre racionalidade limitada, será desenvolvido o conceito de paternalismo libertário, arquitetura de escolhas e *nudge* de Richard Thaler e Cass Sunstein.

Fixados os principais conceitos, se dará especial destaque para os filtros de legitimidade para as intervenções na arquitetura de escolhas desenvolvidos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch e se buscará compatibilizar tais filtros com o direito civil-constitucional.

O capítulo três procura demonstrar que o legislador brasileiro, ainda que sem o recente arcabouço teórico das ciências cognitivas, concilia os conceitos de racionalidade limitada e arquitetura de escolhas e se utiliza de diversos instrumentos que poderiam ser entendidos dentro do contexto paternalista libertário.

Serão estudadas quatro hipóteses normativas onde a arquitetura de escolhas paternalista libertária se faz presente no ordenamento nacional. Evidentemente, não serão esgotados os institutos apresentados, o foco se dará sempre na arquitetura de escolhas proposta. Para melhor análise, os vieses que influenciam a tomada de decisão em cada um dos exemplos serão tratados detalhadamente para que se possa ponderar sobre a necessidade e efetividade da arquitetura de escolhas legislativa.

Em todas as oportunidades os filtros de legitimidade desenvolvidos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch, já compatibilizados com a dogmática civil-constitucional, serão desenvolvidos para se perquirir a legitimidade da intervenção e, conforme o caso, sugeridos novos elementos para a arquitetura de escolhas ou mesmo a sua revisão.

O primeiro ponto analisado será a doação de órgãos *post mortem*. Trata-se de caso clássico do paternalismo libertário que já foi alvo de intensa controvérsia no Brasil e no mundo e, na visão do autor, se mostrou mal resolvido pelo ordenamento nacional.

Também será alvo de estudo o regime de impenhorabilidades. Aqui, espera-se, se comprovará com certa facilidade que uma norma que se utilize da caixa de

ferramentas proposta pelo paternalismo libertário pode se sobrepor em eficácia social a outra que desconsidere as premissas orientadas pela ciência cognitiva.

Os regimes de bens matrimonial e sucessório são imbricados de forma que se justifica o tratamento conjunto das arquiteturas de escolhas positivadas para ambos os institutos. Interessa notar que nestes dois últimos casos o legislador se utiliza de um modelo híbrido, ora impondo uma restrição à liberdade se utilizando de um modelo paternalista não libertário, ora direcionando o tomador de decisão ao caminho entendido como melhor, preservando sua liberdade conforme o modelo paternalista libertário. Assim como nos demais, serão realizadas críticas ao modelo e sugeridas alterações na arquitetura positivada.

Espera-se que ao final desta dissertação se tenha comprovado que o paternalismo libertário não somente é compatível com o direito civil-constitucional como pode, e deve, ser utilizado como instrumento de promoção do bem-estar em diversos aspectos da vida.

CAPÍTULO 1 – O MITO DO HOMEM RACIONAL⁶

*I wonder who it was defined man as a rational animal. It was the most premature definition ever given. Man is many things, but he is not rational.*⁷

Em 2010 uma loja britânica de jogos online alterou os termos e condições de uso de seu *site* para incluir o que foi apelidado como “*immortal soul clause*”.⁸ Segundo a redação da cláusula, ao aderir ao contrato os usuários do site transfeririam os direitos sobre suas almas para a varejista. Tratava-se de uma brincadeira de 1º de abril e 7.500 usuários do site, sem ler os termos de uso, optaram por transferir os direitos sobre suas almas.^{9 10 11} Até onde se sabe, dos 7.500 usuários que cederam o direito sobre suas almas, nenhum deles efetivamente teria lido ou refletido antes de aderir aos termos de uso do site.

O caso simboliza a realidade humana, diante da infinidade de decisões tomadas ao longo de um dia, de modo geral, se mostra impossível racionalizar em todas elas.

Este capítulo tem como objetivo a desconstrução do homem como ser completamente racional para que possa compreender o fenômeno decisório dentro das limitações que a natureza e a vida em sociedade impõem.

Tradicionalmente o homem é entendido como um ser racional. Não obstante, o modelo de homem racional tem dificuldade em explicar grande parte das decisões diuturnamente tomadas. O objetivo das próximas páginas é demonstrar porque a concepção de racionalidade não se mostra precisa.

⁶ A palavra “homem” será utilizada como sinônimo de espécie humana.

⁷ WILDE, Oscar. *The Picture of Dorian Grey*.

⁸ Clausula: “By placing an order via this Web site on the first day of the fourth month of the year 2010 anno Domini, you agree to grant us a non-transferable option to claim, for now and forever more, your immortal soul.” (<https://www.nytimes.com/2012/01/22/sunday-review/hard-truths-about-disclosure.html?searchResultPosition=2>)

⁹ <https://www.nytimes.com/2012/01/22/sunday-review/hard-truths-about-disclosure.html?searchResultPosition=2>

¹⁰ Para maior discussão sobre a validade de ajustes nos termos de uso de sites na internet consultar *Boilerplate* de Margaret Jane Radin (RADIN, Margaret Jane. *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*. Princeton University Press, 2013. <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1r2g92>.)

¹¹ Oren Bar-Gill, por ocasião da palestra de indicação de sua titularidade em Harvard, pondera que, na realidade, irracional seria ler os termos de uso e não o contrário. (disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vr8sKHFEbag&t=839s>)

Como lastro teórico, utilizaremos os estudos apresentados por Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre racionalidade limitada para comprovar que as pessoas não são tão racionais quanto imaginam ser e cometem erros de julgamento previsíveis e sistemáticos.

1.1 O sistema dual

Daniel Kahneman e Amos Tversky, ambos psicólogos, tornaram-se mundialmente reconhecidos por suas pesquisas sobre tomada de decisão e racionalidade limitada.¹² Suas conclusões desafiaram o senso comum da racionalidade e comprovaram que o homem não é tão racional quanto se pressupunha, muito pelo contrário.^{13 14}

Segundo Kahneman, as respostas cognitivas seriam de duas principais ordens, rápidas ou devagar. O Sistema Dual poderia ser assim dividido: o pensamento rápido governa a maior parte de nossas ações diuturnas, intuitivas e emocionais, nas quais não despendemos esforço cognitivo, enquanto o pensamento devagar é associado ao esforço cognitivo racional, máximo e concentrado.

Para facilitar o entendimento, de modo figurado, Kahneman afirma que as respostas cognitivas rápidas são governadas por uma parcela do sistema cognitivo de nosso cérebro que “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.”¹⁵ Com objetivo de auxiliar a compreensão desta dissertação chamaremos esta parcela de “Sistema Automático”.¹⁶ Kahneman resume as principais características do Sistema Automático ao afirmar que o mesmo:

¹² Dentre seus artigos se destacam: KAHNEMAN, D., & TVERSKY, A. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), p. 1124-1131. KAHNEMAN, D., & TVERSKY, A. (1979). Prospect theory: An analysis of decisions under risk. Econometrica, 47, 313-327. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values and frames. American Psychologist, 39, 341-350, 1984. Para enumeração de artigos de destaque se sugere consultar a página do The Nobel Foundation (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>).

¹³ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/kahneman/facts/>

¹⁴ Tversky faleceu prematuramente e Kahneman seguiu com o objeto de pesquisa que no ano de 2002 lhe rendeu o Prêmio Nobel de economia.

¹⁵ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

¹⁶ Kahneman, assim como grande parte dos psicólogos, utiliza a nomenclatura Sistema 1 (Sistema Automático) e Sistema 2 (Sistema Reflexivo). Contudo, para uniformizar a nomenclatura com a utilizada por Richard Thaler e Cass Sunstein e por considerar a nomenclatura proposta pelos últimos

- gera impressões, sentimentos e inclinações; quando endossados pelo Sistema 2 [Reflexivo], tornam-se crenças, atitudes e intenções
- opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço, e sem nenhum senso de controle voluntário
- pode ser programado pelo Sistema 2 [Reflexivo] para mobilizar a atenção quando um padrão particular é detectado (busca)
- executa reações especializadas e gera intuições especializadas, após treinamento adequado
- cria um padrão coerente de ideias ativadas na memória associativa
- liga uma sensação de conforto cognitivo com ilusões de veracidade, sentimentos prazerosos e vigilância reduzida
- distingue o surpreendente do normal
- infere e inventa causas e intenções
- negligencia ambiguidade e suprime dúvida
- é propenso a acreditar e confirmar
- exagera consistência emocional (efeito *halo*)
- foca na evidência existente e ignora a evidência ausente
- gera um conjunto limitado de avaliações básicas
- representa conjuntos por normas e protótipos, não integra equipara intensidades entre escalas (por exemplo, tamanho com altura de som)
- calcula mais do que o pretendido (bacamarte mental)
- às vezes substitui uma questão difícil por uma mais fácil (heurística)
- é mais sensível a mudanças do que a estados (teoria da perspectiva)
- dá peso excessivo a probabilidades baixas
- mostra sensibilidade decrescente à quantidade (psicofísica)
- reage mais com mais intensidade a perdas do que a ganhos (aversão à perda)
- contextualiza os problemas de decisão estreitamente, em isolamento uns dos outros¹⁷

De outra sorte, as respostas cognitivas lentas, associadas ao “pensar devagar”, teriam origem no Sistema Reflexivo, que se ocupa das atividades mentais laboriosas e complexas quando acionado pelo Sistema Automático. As atividades desempenhadas pelo Sistema Reflexivo são relacionadas com a experiência de

mais ilustrativa, também adotaremos a nomenclatura “Sistema Automático” para nos referirmos ao Sistema 1 e “Sistema Reflexivo” para nos referirmos ao Sistema 2.

¹⁷ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 136.

concentração e escolha deliberada.¹⁸ Tal forma de pensar é associada ao que se considera como o modelo racional de tomada de decisão.

Os sistemas funcionam conjuntamente e regulam nossas decisões como ilustrado por Kahneman:

[...] os Sistemas 1 e 2 [Automático e Reflexivo] estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 [Automático] funciona automaticamente e o Sistema 2 [Reflexivo] está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 [Automático] gera continuamente sugestões para o Sistema 2 [Reflexivo]: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2 [Reflexivo], impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 [Reflexivo] adota as sugestões do Sistema 1 [Automático] com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem – normalmente.¹⁹

Ocorre que, como todos sabemos, desempenhar tarefas que exigem alta carga cognitiva e concentração é cansativo, de forma que o Sistema Reflexivo é acionado apenas quando chamado para tanto. Dito de outra forma, caso as impressões e sugestões rastreadas pelo Sistema Automático se encontrem em determinado padrão de normalidade ou caso a atividade cognitiva seja entendida como simples, o Sistema Reflexivo não será disparado e a resposta será dada pelo Sistema Automático. Por estas razões, Kahneman afirma que o Sistema Reflexivo é preguiçoso e atua somente quando demandado deixando a grande parte das decisões quotidianas para o Sistema Automático.

1.2 Heurísticas e vieses

Na impossibilidade de se acionar o Sistema Reflexivo para a totalidade das decisões tomadas, as pessoas se utilizam de regras de aproximação para simplificar a avaliação das escolhas complexas e probabilidades de resultado. As heurísticas

¹⁸ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

¹⁹ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 33.

são estes procedimentos de simplificação da tomada de decisão. Segundo Kahneman, “quando confrontados com uma questão difícil, muitas vezes respondemos a uma mais fácil em lugar dela, normalmente sem perceber a substituição.”²⁰, para o autor o processo cognitivo se utiliza das heurísticas da seguinte forma:

Se uma resposta satisfatória para uma pergunta difícil não é rapidamente encontrada, o Sistema 1 encontrará uma pergunta relacionada que é mais fácil e que vai responder a ela. Chamo essa operação de responder a uma pergunta em lugar de outra de substituição. Também adoto os seguintes termos:

A pergunta-alvo é a avaliação que você tenciona produzir.

A pergunta heurística é a pergunta mais simples que você responde em lugar dela.

A definição técnica de heurística é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis.²¹

As heurísticas são atalhos cognitivos que permitem ao cérebro filtrar e processar a informação para tomada de decisão. Tomando em consideração a limitação cognitiva e de informações disponíveis ao tomador de decisão, não são processadas, evidentemente, todas as informações necessárias para que a tomada de decisão seja infalível ou ótima. São processadas apenas as informações suficientes para que uma decisão satisfatória ao Sistema Automático seja tomada.

Na maior parte dos casos, essas heurísticas facilitam as decisões cotidianas, são inegavelmente úteis e trazem eficiência ao processo decisório. A todo momento, ainda que não percebam, as pessoas tomam decisões com base em heurísticas. Por exemplo, as pessoas quando saem de casa e escolhem uma roupa apropriada para chuva ou não na realidade estão se questionando qual a probabilidade de chover naquele específico intervalo de tempo no qual ficarão fora de casa. A questão envolve inúmeras variáveis meteorológicas (*e.g.* temperatura, pressão atmosférica, direção e intensidade dos ventos, umidade do ar e chuva e etc.). Contudo, apesar da considerável complexidade, em locais como o Rio de

²⁰ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 22.

²¹ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 126-127.

Janeiro, na maior parte das vezes, tal questão nem é racionalizada e, quando muito, respondida pelo simples olhar pela janela.

Com efeito, as pesquisas de Kahneman apontam para o predomínio do pensamento rápido do Sistema Automático sobre o devagar do Sistema Reflexivo. Como antes abordado, na normalidade dos casos isso não é um problema, contudo, em outros, acaba por gerar erros de tomada de decisão sistemáticos e previsíveis. Estes erros sistemáticos e previsíveis provocados pela heurística são denominados vieses cognitivos.

Uma experiência ilustra bem a questão. Três problemas simples compõem o denominado *Cognitive Reflection Test* desenvolvido por Shane Frederick.

Um taco e uma bola de baseball custam ao todo 1,10 dólar. O taco custa um dólar a mais que a bola. Quanto custa a bola? _____ centavos.

Se cinco máquinas demoram cinco minutos para fabricar cinco aparelhos, quanto tempo cem máquinas demoram para fabricar cem aparelhos? _____ minutos.

Uma parte de um lago está coberta de vitória-régia. A cada dia que passa ela dobra em tamanho. Se são necessários 48 dias para cobrir todo o lago, quantos dias são necessários para cobrir metade da superfície? _____ dias.²²

O primeiro problema restou apresentado para estudantes de universidades integrantes da *Ivy League*. Pela simplicidade do problema proposto é natural que poucos estudantes acionem o preguiçoso Sistema Reflexivo e apresentem a resposta oferecida pelo Sistema Automático. Por assim proceder, e por confiar que a resposta originada no Sistema Automático esteja correta, mais de 50% (cinquenta por cento) dos estudantes de Harvard, MIT e Princeton erraram a simples questão.²³ Sem dúvida, caso o Sistema Reflexivo fosse despertado, nenhum dos estudantes, ou percentual ínfimo deles, erraria um cálculo de tal simplicidade.²⁴

²² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 31-32. As respostas corretas são 5 centavos, 5 minutos e 47 dias, respectivamente.

²³ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 59.

²⁴ Como descreve KAHNEMAN, as pessoas não conseguem manter o Sistema Reflexivo aperando para todas as decisões que se apresentam. Questões aparentemente simples são resolvidas pelo Sistema Automático uma vez que “atividades que impõem altas exigências ao Sistema 2 requerem

Guthrie, Rachlinski e Wistrich aplicaram o *Cognitive Reflection Test* num grupo de 295 juízes. Como previsto, na maior parte das vezes, a resposta intuitiva (e errada) oferecida pelo Sistema Automático foi aceita como se correta fosse.^{25 26}

Um exemplo fora do mundo dos números também parece pertinente. Uma pessoa é assim descrita: “Steve é muito tímido e retraído, invariavelmente prestativo, mas com pouco interesse nas pessoas ou no mundo real. De índole dócil e organizada, tem necessidade de ordem e estrutura, e uma paixão pelo detalhe.”²⁷ A questão que se coloca é: provavelmente a pessoa descrita exerce a profissão de fazendeiro ou bibliotecário?

Apesar de a descrição evocar o estereótipo de um bibliotecário, estatisticamente a chance de se encontrar um fazendeiro com as características acima é muito maior do que a de um bibliotecário pela simples razão que, numericamente, existem muito mais fazendeiros do que bibliotecários na população. Mais uma vez o Sistema Automático nos levaria a uma resposta equivocada. Caso o Sistema Reflexivo fosse chamado a responder, provavelmente, tomar-se-ia em consideração a proporção estatística de bibliotecários e fazendeiros na população antes de oferecer a pronta resposta.²⁸

autocontrole, e a aplicação de autocontrole é exaustiva e desagradável.” (KAHNEMAN, Daniel *Rápido e devagar: duas formas de pensar* / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 56 e ss.)

²⁵ “Despite their best efforts, however, judges, like everyone else, have two cognitive systems for making judgments—the intuitive and the deliberative—and the intuitive system appears to have a powerful effect on judges’ decision making. The intuitive approach might work well in some cases, but it can lead to erroneous and unjust outcomes in others. The justice system should take what steps it can to increase the likelihood that judges will decide cases in a predominately deliberative, rather than a predominately intuitive, way.” (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. “Blinking on the bench: how judges decide cases”. *Cornell Law Review*. 2007. v. 93, p. 43.)

²⁶ Dos 252 juízes que completaram o teste apenas 28,2% acertaram a primeira questão, 44,0% acertaram a segunda e 50,4% acertaram a terceira. Ainda, a resposta intuitiva (e errada) restou oferecida em 69,4% das vezes para a primeira questão e 32,1% e 33,7% para a segunda e terceira respectivamente. (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. “Blinking on the bench: how judges decide cases”. *Cornell Law Review*. 2007. v. 93.)

²⁷ TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel *Julgamento sobre Incerteza: Heurísticas e Vieses*. Originalmente publicado na *Science*, vol. 185, 1974, disponível em KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e devagar: duas formas de pensar* / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 525.

²⁸ “A confiança nas heurísticas e a prevalência de vieses não estão restritas aos leigos. Pesquisadores experientes também são propensos aos mesmos vieses – quando pensam intuitivamente. Por exemplo, a tendência a prever o resultado que mais bem representa os dados, com insuficiente consideração pela probabilidade a priori, tem sido observada nos julgamentos intuitivos de indivíduos que receberam extenso treinamento em estatística.” (TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel *Julgamento sobre Incerteza: Heurísticas e Vieses*. Originalmente publicado na *Science*, vol.

Outras armadilhas impostas pela mente podem ser extraídas de exemplos cotidianos. Um comprador de automóvel novo dificilmente se deslocará por 10 minutos para economizar R\$ 200,00 na aquisição do mesmo veículo em uma concessionária concorrente. Afinal, o ínfimo percentual de desconto não justifica a viagem. Agora, este comprador não pensará duas vezes em realizar o mesmo deslocamento para adquirir duas garrafas de vinho em promoção economizando os mesmos R\$ 200,00 uma vez que o desconto é substancial quando comparado ao preço da bebida. Ora, o valor economizado é exatamente o mesmo, R\$ 100,00, e o custo (tempo) também é idêntico, no entanto a reação é diversa. A coerência racional demandaria uma mesma tomada de decisão para ambos casos.

Imaginemos dois frascos de iogurte dispostos na geladeira de um supermercado. O primeiro afirma ser 90% livre de gorduras, o segundo afirma ser composto por 10% de gordura. Uma pessoa procurando controlar sua dieta provavelmente escolherá o primeiro iogurte, o 90% livre de gorduras, ainda que ambos possuam o mesmo percentual de gordura.²⁹ O enquadramento da informação importa e induz a escolha ainda que no final a mensagem passada ao tomador de decisão seja exatamente a mesma e, em tese, exija um comportamento neutro do tomador de decisão.

Agora, suponhamos que dois amigos igualmente fanáticos por música possuíssem ingressos para um show do Paul McCartney que seria realizado naquele mesmo dia. Ocorre que o ingresso de um deles foi dado pelo departamento de *marketing* da empresa enquanto o outro foi comprado na bilheteria por um valor considerável e parcelado em três vezes no cartão de crédito. Uma hora antes do show uma chuva torrencial atinge a cidade alagando grande parte do caminho, inclusive os arredores da casa de espetáculos. Os amigos sabem que chegar no show será uma missão hercúlea. A disposição de enfrentar as intempéries para chegar no evento será igual para ambos? O fato de pagar pelo ingresso afeta a tomada de decisão daquele que realizou o desembolso financeiro? O fato de o pagamento ser parcelado para o futuro importa? Ter ganhado o ingresso do departamento de

185, 1974, disponível em KAHNEMAN, Daniel, Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 536.)

²⁹ Exemplo retirado de The Ethics of Nudging, Sunstein, Cass R., The Ethics of Nudging (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>

marketing da empresa afeta a disposição daquele que recebeu o ingresso sem a troca financeira? Uma decisão racional deveria isolar a forma de aquisição dos ingressos, afinal, sem ter como revendê-los, o “custo” para ambos é exatamente o mesmo, a dificuldade de deslocamento. O valor despendido (ou não) na aquisição do ingresso é irrelevante naquele momento, é um custo afundado ou irrecuperável e, numa perspectiva racional não pode ser considerado. Contudo, como sabemos, na maior parte das vezes, o Sistema Automático nos faz enxergar as situações como se diferentes fossem levando a decisões igualmente diversas.³⁰

O custo afundado ou irrecuperável raramente é ignorado pelos tomadores de decisão. Geralmente as pessoas tomam em consideração os esforços pretéritos para sustentar a manutenção da decisão antes tomada, quando na realidade, deveriam considerar apenas os esforços futuros e resultado futuro. A armadilha cognitiva se faz presente em todos os campos da tomada de decisão. No campo pessoal, justificaria a manutenção de relacionamento amoroso em ruínas, somente porque se “investiu muito” naquela relação. No campo empresarial, justificaria a manutenção de uma filial deficitária que já consumiu muitos aportes e não tem previsão de retomada. No mundo dos investimentos, a manutenção de uma carteira não promissora somente porque o preço de aquisição de um valor mobiliário se mostra inferior ao atual valor de mercado e o investidor não deseja realizar o prejuízo³¹. Em todos os exemplos anteriores, um agente racional desconsideraria os esforços do passado e pensaria somente no futuro.

Outra faceta da racionalidade limitada é o excesso de otimismo. O viés afeta a percepção das pessoas quanto à realidade e às probabilidades de eventos futuros ocorrerem. De forma geral as pessoas acreditam ter menor chance de serem vítimas de um acidente de carro, crime ou doença séria.³² Até mesmo os fumantes estimam suas chances de desenvolver câncer de pulmão abaixo da média.³³ Em contraste, a

³⁰ Exemplo adaptado de: THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 34.

³¹ Aqui também se faz presente o viés de aversão a perda.

³² “Various data suggest that people do tend to be unrealistically optimistic about the future. Surveys concerning automobile accidents (Robertson, 1977), crime (Weinstein, Note 1), and disease (Harris & Guten, 1979; Kirscht, Haefner, Kegeles, & Rosenstock, 1966; American Cancer Society, Note 2) find many people who say their risk is less than average but few who say their risk is greater than average.” (Weinstein, Neil D. 1980. Unrealistic Optimism About Future Life Events. *Journal of Personality and Social Psychology*, p. 806.)

³³ Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., *Nudge : the final edition* / Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, New York, Penguin Books, an imprint of Penguin Random House LLC, 2021, p. 34.

percepção de probabilidade da ocorrência de eventos positivos é sistematicamente posta acima da realidade o que pode explicar, em parte, o otimismo irreal do hábito do jogo em loterias onde a chance de ganhar é ínfima.^{34 35 36}

O excesso de otimismo é muito correlacionado com o viés de excesso de confiança. Pesquisas empíricas mostram que as pessoas acreditam que estão em melhor posição que seus pares, apresentando um injustificado grau de confiança.³⁷ O efeito acima da média pode dar uma noção sobre a falsa percepção e é sintetizado pela máxima de que a maioria das pessoas se coloca “acima da média” de seus pares. Matematicamente, por definição, metade da população considerada em qualquer estudo estará acima da média e a outra metade abaixo. Contudo, a percepção da realidade das pessoas não espelha a realidade matemática. Por exemplo, 90% (noventa por cento) dos motoristas acredita dirigir melhor do que a média³⁸ e 94% (noventa e quatro por cento) dos professores de ensino superior americanos acredita que o seu trabalho é superior à média³⁹. Entre os estudantes americanos a proporção é parecida, 95% (noventa e cinco por cento) acredita estar acima da média⁴⁰ e 25% (vinte e cinco por cento) acredita que se encontra no primeiro percentil em qualidades de liderança.⁴¹

³⁴ Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., *Nudge : the final edition* / Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, New York, Penguin Books, an imprint of Penguin Random House LLC, 2021, p. 34.

³⁵ Recentemente dois grupos americanos de jogadores de loto ganharam notoriedade por conseguirem ganhar prêmios lotéricos jogando racionalmente ao encontrar uma falha no regramento do jogo. O caso é exceção e, tão logo verificada a “falha” do regulamento, os responsáveis alteraram as regras para manter a escolha do jogo irracional. (<https://www.nytimes.com/2022/06/16/movies/jerry-marge-go-large-review.html?searchResultPosition=1>)

³⁶ As loterias americanas representam considerável percentual da arrecadação estadual, chegando a 13% da arrecadação em Massachusetts. Michael Sandel apresenta sua objeção argumentando que o estado não deveria se utilizar de vieses para promover o jogo. Para o autor, a escolha não seria voluntária por se apoiar em falhas de julgamento humano como a compulsão quanto ao jogo. (Sandel Michael J. 2005. *Public Philosophy: Essays on Morality in Politics*, P. 304. Harvard University Press, p. 71)

³⁷ Williams, S. H. (2014). Probability errors: Overoptimism, ambiguity aversion, and the certainty effect. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 335–353). Oxford University Press.

³⁸ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 126-127. p 324.

³⁹ Williams, S. H. (2014). Probability errors: Overoptimism, ambiguity aversion, and the certainty effect. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 335–353). Oxford University Press, p. 337.

⁴⁰ Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., *Nudge : the final edition* / Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, New York, Penguin Books, an imprint of Penguin Random House LLC, 2021, p. 33.

⁴¹ Williams, S. H. (2014). Probability errors: Overoptimism, ambiguity aversion, and the certainty effect. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 335–353). Oxford University Press, p. 337.

O excesso de otimismo e confiança podem ser exteriorizados pela assunção de riscos e empreendedorismo, afinal, de forma geral, os empreendedores apostam contra as estatísticas confiando que encontrarão um resultado melhor do que seus pares. Por exemplo, as chances de que um pequeno negócio nos Estados Unidos esteja de portas abertas após 5 (cinco) anos é de apenas 35% (trinta e cinco por cento).⁴² Não obstante, uma pesquisa realizada entre empresários americanos mostra que, ainda que cientes da desanimadora estatística, os donos de negócio acreditam que suas chances de sucesso são de 60% (sessenta por cento), quase o dobro da média nacional. Por tal constatação, Kahneman chega a afirmar que o excesso de otimismo é o “motor do capitalismo”.⁴³

Poder-se-ia imaginar que os erros de tomada de decisão seriam reservados aos momentos de menor importância, quando o resultado da decisão tomada não apresenta um real impacto na vida do tomador ou sociedade. Tal hipótese já restou contundentemente refutada.

O fenômeno não é limitado aos momentos de relaxamento ou não profissionais. As aproximações da realidade sugeridas pelo Sistema Automático e aceitas sem questionamento pelo Sistema Reflexivo atingem situações de elevada importância e os mais experientes profissionais.^{44 45 46}

⁴² No Brasil, segundo o relatório Demografia das Empresas e Estatísticas de Empreendedorismo realizado pelo IBGE em 2019, 60% das empresas se tornam inativas após cinco anos. Foram desconsiderados relatórios mais recentes para afastar os efeitos da pandemia COVID-19. (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25739-seis-em-cada-dez-empresas-abertas-em-2012-encerraram-atividades-em-cinco-anos>)

⁴³ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 126-127. p 318.

⁴⁴ “A confiança nas heurísticas e a prevalência de vieses não estão restritas aos leigos. Pesquisadores experientes também são propensos aos mesmos vieses – quando pensam intuitivamente. Por exemplo, a tendência a prever o resultado que mais bem representa os dados, com insuficiente consideração pela probabilidade a priori, tem sido observada nos julgamentos intuitivos de indivíduos que receberam extenso treinamento em estatística.” (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, Julgamento sob Incerteza: Heurísticas e vieses, in, Apêndice A, KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012).

⁴⁵ Questões de real impacto na vida do tomador de decisão são influenciadas pela sugestão de resposta do Sistema Automático. Este é o tema central do livro *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade* de THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

⁴⁶ Para Steven Pinker “[t]he classic illusions have been shown in medical personnel, lawyers, investors, brokers, sportswriters, economists, and meteorologists, all dealing with figures in their own specialties.” (Pinker, Steven, 1954– author. Title: *Rationality: what it is, why it seems scarce, why it matters* / Steven Pinker. Description: 1st Edition. | New York: Viking, 2021, p. 168)

Mesmo em momentos relevantes e únicos de tomada de decisão, onde espera-se que o tomador de decisão manifeste seu esforço cognitivo máximo, a racionalidade se mostra limitada. Um exemplo reproduzido por Thaler e Sunstein demonstra o efeito de enquadramento (*framing*) aqui sintetizado como o modo como a mensagem é transmitida ao tomador de decisão. Segundo os autores a reação dos pacientes é sensivelmente diferente para as seguintes formulações:

- (i) De cada cem pacientes que fazem essa operação, noventa estão vivos após cinco anos
- (ii) De cada cem pacientes que fazem essa operação, dez estão mortos após cinco anos.

A primeira formulação é mais tranquilizadora do que a segunda e irá fazer com que significativo maior número de pacientes se submetam a operação ainda que numa análise racional o risco de óbito descrito seja exatamente o mesmo em ambos os cenários propostos. Por se tratar de uma decisão de extrema importância, literalmente de vida ou morte, poder-se-ia imaginar que a decisão fosse dominada e controlada pelo Sistema Reflexivo, mas esta não é a realidade.⁴⁷

Uma das evidências da atuação parcimoniosa (preguiçosa) do Sistema Reflexivo é o enorme peso da posição inercial. A 1ª Lei de Newton aplicada às ciências humanas é consequência direta da preguiça do Sistema Reflexivo e pode ser simplificada com a seguinte proposição: as pessoas tendem a não realizar esforço cognitivo se esta opção lhes é razoável. Dito de outra forma, ainda que uma outra opção possa ser melhor, as pessoas tendem a manter a posição que não as obrigue a realizar esforço cognitivo. A tendência inercial é de enorme importância como se demonstrará um pouco à frente.⁴⁸

1.3 Dificuldade de autocontrole

O exercício do autocontrole não é simples. Não à toa que os cristãos recorrem a Deus para não “cair em tentação” e Ulisses pediu para ser amarrado ao

⁴⁷ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 47.

⁴⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 46.

mastro da embarcação para fugir do canto da sereia em Odisseia. Na obra literária, o Sistema Automático, por claro, é atraído e hipnotizado pela música. O Sistema Reflexivo, contudo, conseguiu antever o resultado de longo prazo e evitou que a embarcação fosse afundada.

A dificuldade de autocontrole contemporânea e o embate entre as formas de pensar pode ser exemplificada pela proliferação de SPAs. Neles as pessoas voluntariamente se hospedam (governadas pelo Sistema Reflexivo) para que não sejam consumidas pelo impulso (governado pelo Sistema Automático).

Gula versus saúde, compras versus poupança, hábitos saudáveis versus preguiça, muitas são as questões que envolvem o autocontrole. O Sistema Automático é voluntarioso enquanto o Sistema Reflexivo deve exercer o autocontrole. Como ressalta Maria Celina Bodin de Moraes em passagem sobre atos acráticos, práticas paradoxais em relação à racionalidade esperada:

Os atos prejudiciais à saúde, mas mesmo assim praticados pelo indivíduo, são, por exemplo, atos acráticos. Os hábitos de fumar, beber ou comer em excesso, levar uma vida sedentária, praticar esportes perigosos são todos práticas que podem ser reputadas “ruins”, mas o sujeito continua com elas. Em termos comuns, a acrasia é classificada como incontinência ou “fraqueza de vontade”. Aqui, embora o sujeito acredite que queira livrar-se daquele hábito, já que sabe que lhe faz mal - efetiva ou potencialmente, ele, na realidade, não quer renunciar ao prazer que o fumo lhe traz. Escolhe então, racionalmente, o que lhe faz mal ao corpo, mas provavelmente bem à alma. Em curto prazo, na realidade, todos praticamos tais atos. Quantas vezes fazemos o que sabemos que não devemos fazer? Mas a curto prazo nenhum problema surge. Com o fumante inveterado, o alcoólatra, o obeso mórbido, isso ocorre numerosas vezes por dia, ao longo de muitos anos, e a cada vez ele pode pensar que deveria fazer diversamente. Como não se dispõe, diz-se dependente do cigarro, da bebida ou da comida para viver.⁴⁹

Ocorre que ceder à tentação nem sempre é a melhor opção no longo prazo⁵⁰ e no duelo entre o Sistema Reflexivo e Automático muitas vezes o último se sagra vitorioso prejudicando diversos aspectos da vida das pessoas.

⁴⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina, Uma aplicação do princípio da liberdade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 194.

⁵⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 53.

1.4 Racionalidade limitada e decisões judiciais

Juízes, seja pela formação intelectual, seja pela elevada carga de racionalidade esperada no desempenho da função, seja pela disponibilidade dos dados, recorrentemente são alvo de estudos sobre a racionalidade limitada.

Uma pesquisa tomando como objeto de estudo as decisões de oito juízes de execução penal em Israel ilustra o ponto. Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso adotaram como objeto de pesquisa a distribuição das ordens de relaxamento de prisão ao longo do dia num tribunal com elevado número de processos no qual cada caso deveria ser analisado em até seis minutos em média.⁵¹ O escopo do estudo era constatar se os julgamentos dependiam apenas dos fatos e da Lei ou fatores externos como cansaço e fome do julgador poderiam afetar o resultado.⁵² A opção *default* ou inercial é manutenção do *status quo* com a rejeição da condicional e, em média, apenas trinta e cinco por cento dos pedidos de relaxamento prisional são aprovados. Os juízes dividem o dia em três partes com intervalos para almoço e lanche. A pesquisa constatou que no início do dia cerca de sessenta e cinco por cento dos pedidos de condicional são aprovados. Nas duas horas seguintes a taxa de aprovação cai regularmente até chegar perto de zero pouco antes da refeição. Após o descanso e ingestão de alimento a taxa de pedidos aprovados retorna ao patamar inicial e cai regularmente até a próxima pausa e refeição. A conclusão dos autores é que a alimentação e o cansaço dos juízes afetam a forma de decidir e foge do que se espera de um julgamento puramente racional e reflexivo. A interpretação de Kahneman sobre o estudo antes relatado é de que

⁵¹ Danziger, S.; Levav, J.; Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889–6892.

⁵² “Does the outcome of legal cases depend solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner (1, 2). An alternative view of the law—encapsulated in the highly influential 20th century legal realist movement—is rooted in the observation of US Supreme Court Justice Oliver Wendell Holmes that “the life of the law has not been logic; it has been experience” (3). Realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain judicial decisions and that psychological, political, and social factors influence rulings as well (4). The realist view is commonly caricatured by the trope that justice is “what the judge ate for breakfast” (5). We empirically test this caricature in the context of sequences of parole decisions made by experienced judges (mean experience = 22.5 y, SD = 2.5) and, in so doing, demonstrate how extraneous factors can sway highly consequential decisions of expert decision makers” (Danziger, S.; Levav, J.; Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889–6892.)

“juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição *default* de negar os pedidos de condicional.”⁵³

O exemplo dos juízes é uma amostra de que nem mesmo humanos expertos na tomada de decisão são regulados pelo Sistema Reflexivo por longos períodos.

Os juízes também são influenciados por seus pares e se adequam ao meio social em que se encontram. A explicação pode ser racional derivada do diálogo reflexivo e convencimento entre as partes. Ou, como já catalogado pela ciência cognitiva, pelo desejo de conformidade e aprovação do grupo.⁵⁴ No sistema judiciário americano, os juízes federais que fazem parte de colegiados com três membros são influenciados pelo voto dos colegas. Um típico juiz republicano apresenta padrões de voto bastante liberais quando está acompanhado de dois juízes democratas, e vice-versa. Ambos os grupos votam de maneira muito mais moderada quando estão com pelo menos um juiz nomeado por um presidente do partido político adversário.⁵⁵

Até mesmo os acordos judiciais são influenciados por vieses. Jennifer Robbennolt afirma que o viés de excesso de confiança e otimismo acaba por atrapalhar os litigantes de chegar a um acordo vez que o valor esperado de uma demanda é bastante enviesado pelas partes.⁵⁶ Observam Frank E.A. Sander e Stephen B. Goldberg que tal desvio de percepção das partes é apelidado como “*Jackpot Syndrome*” em referência aos prêmios do famoso jogo de azar. Em síntese, se verifica uma enorme barreira para o acordo sobre um litúgio em razão da elevada expectativa de indenização do autor versus a expectativa do réu que entende como improvável a condenação em valores maiores.⁵⁷

Outra armadilha cognitiva presente no dia a dia é o efeito ancoragem. Em brevíssima síntese o efeito de ancoragem pode ser entendido como a influência de um ponto de partida (relevante ou não) para a tomada de decisão. Dois exemplos

⁵³ KAHNEMAN, Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 58.

⁵⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 66 e ss.

⁵⁵ Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., *Nudge*: the final edition / Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, New York, Penguin Books, an imprint of Penguin Random House LLC, 2021, p. 67.

⁵⁶ Robbennolt, J. K. (2014). Litigation and settlement. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 623-642). Oxford University Press, p. 636.

⁵⁷ Sander, F.E.A. and Goldberg, S.B. (1994), Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. *Negotiation Journal*, 10: 49-68, p. 59.

de ancoragem são o preço pedido por um imóvel no anúncio de venda ou ainda o valor pedido numa condenação por danos morais. Ainda que não determinantes, e venham a sofrer ajustes pelo tomador da decisão, é esperado que tais ajustes sejam insuficientes e as âncoras propostas pelo corretor e advogado influenciem a tomada de decisão do comprador do imóvel e do julgador respectivamente.

Um estudo realizado por Reid Hastie, David A. Schkade, e John W. Payne intitulado “*Do Plaintiffs’ Requests and Plaintiffs’ Identities Matter?*” comprova o poder das âncoras nas deliberações de jurados para fixação de danos punitivos nos Estados Unidos. Utilizando diversos júris simulados, os autores testaram a alteração da sugestão de âncoras de valoração dos danos punitivos nos argumentos finais dos advogados dos autores. Durante o estudo, logo após a sugestão de valores pelo advogado do autor nas suas declarações finais, o juiz instruía o júri para que a sugestão de valor fosse desconsiderada. O resultado, como era de se esperar, comprovou o poder das âncoras. Para eventos danosos idênticos, os danos punitivos foram arbitrados pelo júri em valores duas vezes e meio superiores quando utilizadas âncoras altas pelo advogado dos autores nos argumentos finais.^{58 59}

No estudo antes relatado a âncora de valoração de danos punitivos possuía relação com a decisão a ser tomada, afinal, tratava do caso concreto e expressava o valor que o advogado dos autores almejava. Não obstante a relação, a sugestão de valor pelo advogado era irrelevante para o sistema legal em estudo e, segundo instrução expressa, não deveria ser considerada pelo júri.⁶⁰

Mas não somente as âncoras com alguma relação com a decisão a ser tomada influenciam o resultado final, muitas vezes, informações completamente distantes e sem qualquer relação com a decisão a ser tomada acabam por influenciar o resultado.

⁵⁸ Reid Hastie, David A. Schkade, and John W. Payne “Do Plaintiffs’ Requests and Plaintiffs’ Identities Matter?” in Cass Sunstein, Reid Hastie, John Payne, David Schkade, and W. Kip, Viscusi, *Punitive Damages: How Juries Decide* (Chicago: University of Chicago Press, 2002), p. 62, 74.

⁵⁹ O efeito ancoragem é comprovado, mas estudos apontam que os jurados tendem a afastar âncoras absurdas (MARTI, Mollie W.; WISSLER, Roselle L. Be careful what you ask for: The effect of anchors on personal-injury damages awards. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 6, n. 2, p. 91, 2000.).

⁶⁰ Reid Hastie, David A. Schkade, and John W. Payne “Do Plaintiffs’ Requests and Plaintiffs’ Identities Matter?” in Cass Sunstein, Reid Hastie, John Payne, David Schkade, and W. Kip, Viscusi, *Punitive Damages: How Juries Decide* (Chicago: University of Chicago Press, 2002), p. 62.

Um estudo sobre a influência ancoras supostamente irrelevantes em decisões judiciais realizado por Birte Englich, Thomas Mussweiler e Fritz Strack foi sugestivamente intitulado como “*Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making*”.⁶¹

Uma das variações do estudo pode ser assim sintetizada: juízes alemães de larga experiência foram chamados a manifestar seu julgamento sobre um furto. Inicialmente os juízes realizavam a leitura da descrição de um furto cometido por uma mulher. Antes de declarar a pena em meses, os juízes eram convidados a lançar dois dados que haviam sido adulterados pelos pesquisadores para sempre apresentar como resultado 3 ou 9. Após o resultado oferecido pelos dados, os pesquisadores perguntavam aos juízes se a sentença em meses para o crime cometido seria maior ou menor que o número obtido pelo lançar dos dados. Após a resposta, os pesquisadores pediam aos juízes que especificassem a exata pena em meses para a mulher. O resultado é revelador. Em média os juízes que haviam encontrado o resultado nove ao lançar os dados sentenciaram a mulher a cumprir uma pena de oito meses, enquanto os juízes que foram brindados com o resultado três sentenciaram a mulher a cumprir uma pena de cinco meses.⁶²

O estudo acima é instigante e demonstra o efeito ancoragem com os números oferecidos pelos dados lançados. Por evidente, num julgamento que se supõe racional os números aleatórios apresentados pelos dados lançados não deveriam exercer qualquer influência na sentença. Não obstante, como se constatou, a âncora exercida pelos mesmos acaba por afetar de forma determinante a condenação imposta. Como se verifica, os juízes, ainda que expertos na tomada de decisão, como todos os humanos, são afetados pelas âncoras e o resultado destoa do que se esperaria de um julgamento puramente racional.

O catálogo de fatores externos e supostamente irrelevantes que influenciam decisões judiciais é extenso. Ozkan Eren e Naci Mocan verificaram que juízes

⁶¹ Tradução livre: Jogando os dados para fixação de pena: A influência de ancoras irrelevantes nas decisões judiciais. Englich, Birte & Mussweiler, Thomas & Strack, Fritz. (2006). *Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making*. *Personality & social psychology bulletin*. 32. 188-200.

⁶² Tradução livre: Jogando os dados para fixação de pena: A influência de ancoras irrelevantes nas decisões judiciais. Englich, Birte & Mussweiler, Thomas & Strack, Fritz. (2006). *Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts’ Judicial Decision Making*. *Personality & social psychology bulletin*. 32. 188-200. Outras variações do estudo com ancoras foram realizadas, contudo, o efeito dos dados lançados se mostra mais simbólico.

proferiam decisões mais severas no dia seguinte à derrota de seu time.⁶³ Daniel L. Chen e Arnaud Philippe, após catalogar mais de seis milhões de decisões, verificaram que juízes de cortes penais eram mais benevolentes quando tinham que tomar uma decisão no dia do aniversário do acusado.⁶⁴ Igualmente, após a análise de mais de duzentas e sete mil decisões de juízes de imigração, Anthony Heyes e Soodeh Saberian identificaram que variações diárias de temperatura alteram o humor dos juízes de forma que em dias mais quentes as chances de asilo são menores.^{65 66}

Merece menção o estudo empírico realizado por Aline Vieira Tomás, Juíza de Direito da 2ª Vara de Família de Anápolis, Goiás, publicado na Revista CNJ de dezembro de 2020.⁶⁷ Tomás, motivada pela pesquisa que teve como objeto as decisões proferidas por oito juízes de execução penal em Israel antes relatada,⁶⁸ realizou um estudo empírico incluindo no contexto das audiências de conciliação a disponibilização de suco de uva. No experimento, a juíza tornou facultativo a ingestão do líquido com elevada taxa de glicose no ambiente de espera da sessão de conciliação. Os efeitos da glicose são descritos no artigo, mas em síntese,

⁶³ “Employing the universe of juvenile court decisions in a US state between 1996 and 2012, we analyze the effects of emotional shocks associated with unexpected outcomes of football games played by a prominent college team in the state. We find that unexpected losses increase sentence lengths assigned by judges during the week following the game” Ozkan Eren e Naci Mocan, “Emotional Judges and Unlucky Juveniles”, *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 10, n. 3, 2018, p. 171-205, p. 1)

⁶⁴ “We document strong birthday effects on decision-makers, unrelated to the quality of cases in French and U.S. courts. We find consistent evidence with many common links across the two countries. The judges find ways to be more lenient on defendant birthdays” (Daniel L. Chen e Arnaud Philippe, “Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays”, 2020., p. 7)

⁶⁵ “We analyze the impact of outdoor temperature on high-stakes decisions (immigration adjudications) made by professional decision-makers (US immigration judges). In our preferred specification, which includes spatial, temporal, and judge fixed effects, and controls for various potential confounders, a 10°F degree increase in case-day temperature reduces decisions favorable to the applicant by 6.55 percent. This is despite judgements being made indoors, “protected” by climate control.” (Anthony Heyes e Soodeh Saberian, “Temperature and decisions: Evidence from 207,000 Court Cases”, *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 11, n. 2, 2018, p. 238-65, p. 261.)

⁶⁶ Os exemplos são citados por Daniel Kahneman como “ruído” aqui simplificado como a diferença de resultados de decisões sobre situações supostamente semelhantes ou iguais. Ainda que o ruído encontrado não seja obrigatoriamente um indicador de viés ou da utilização de heurística, o mesmo confirma a tese da racionalidade limitada do tomador de decisão. (KAHNEMAN, Daniel, *Ruído: Uma falha no julgamento humano* / Daniel Kahneman, Oliver Sibony, Cass S. Sunstein; tradução Cássio de Arantes Leite. – 1ª edição, Rio de Janeiro: Objetiva, 2021, p. 22.)

⁶⁷ TOMÁS, Aline Vieira, Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais), *Revista CNJ*, Brasília, v 4, n. 2, jul/dez 2020 | ISSN 2525-4502.

⁶⁸ KAHNEMAN, Daniel *Rápido e devagar: duas formas de pensar* / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 58.

provocam uma sensação de conforto e recompensa. Numa amostra de 659 audiências, foi verificado um aumento de 31,3% no índice de conciliação em relação ao grupo de controle.⁶⁹

Estes poucos exemplos parecem suficientes para demonstrar que as pessoas não são tão racionais quanto se imagina, muito pelo contrário.

1.5 Erros previsíveis e sistemáticos podem ser ignorados?

Um dos pontos centrais dos estudos sobre tomada de decisão é: se as pessoas cometem desvios do que se esperaria de uma escolha racional de maneira sistemática, o resultado da decisão é previsivelmente diferente do que se poderia esperar dos modelos de escolha racional.⁷⁰

Ocorre que, de modo geral, as pessoas e instituições se apegam à ficção do homem racional e apontam a decisão tomada de pelo Sistema Automático como se pelo Sistema Reflexivo fosse tomada. A ficção é bem relatada por Richard Thaler e Cass Sunstein. Os autores denominam como *Homo economicus* (ou Econs) as pessoas que seriam hipoteticamente reguladas pelo Sistema Reflexivo e *Homo Sapiens* (ou Humanos) a realidade da experiência humana. Confira-se:

Se você ler livros teóricos de economia, vai descobrir que o *Homo economicus* pode pensar como Albert Einstein, ter tanta memória quanto um supercomputador e ter tanta força de vontade quanto Mahatma Gandhi. Mas as pessoas que conhecemos não são assim. Pessoas reais têm dificuldade de fazer divisões complexas sem calculadora, às vezes esquecem o

⁶⁹ Confira-se o resumo da pesquisa: “Trata-se de estudo de abordagem experimental, com contribuições da Fisiologia, Bioquímica e Glicobiologia ao Direito, que testou se fatores externos ao processo poderiam influenciar na tomada de decisão das partes em conciliações de família, impactando nos resultados dos acordos. Para tanto, foi oferecido a um grupo em conciliação, glicose/dextrose na forma de suco de uva. A amostra foi de 659 audiências realizadas. O resultado foi um aumento em 31,3% no índice de conciliação, tendo-se alcançado 76,27% de acordos no grupo experimental (que tomou suco) e 45,24% no grupo de controle (que não o ingeriu). A conclusão da pesquisa empírica apontou que o índice de conciliação pode ser influenciado por fatores externos ao processo, sendo a apresentação de glicose/dextrose uma dessas formas.” (TOMÁS, Aline Vieira, Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais), Revista CNJ, Brasília, v 4, n. 2, jul/dez 2020 | ISSN 2525-4502.)

⁷⁰ A proposição é eloquente e nomeia uma das obras do pesquisador Dan Ariely, “Previsivelmente Irracional”. (Observamos que a expressão racionalidade limitada, descreve melhor o fenômeno do que a palavra irracionalidade.) ARIELY, Dan. Previsivelmente irracional: as forças invisíveis que nos levam a tomar decisões erradas. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

aniversário do parceiro e ficam de ressaca no Ano-Novo. Esses não são Homo economicus; são Homo sapiens.^{71 72}

Num mundo onde as pessoas fossem governadas pelo Sistema Reflexivo não haveria sobrepeso vez que todos comeriam exatamente a quantidade de calorias necessária para o dia, não haveria ressaca vez que ninguém exageraria no álcool, não haveria descontrole financeiro visto que ninguém gastaria mais do que recebe e assim por diante.

Finalizando este capítulo surge a questão: se a ciência cognitiva comprovou a limitação da capacidade reflexiva das pessoas e a experiência, há muito acumulada, evidencia a existência de atos danosos realizados pelo indivíduo contra si, não seria benéfica a intervenção do Estado em benefício das pessoas?

⁷¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 15.

⁷² A mesma ficção também parece ser adotada pelo Direito que apesar do conceito de “homem médio” prevê no art. 3º da LINDB que “[n]inguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

CAPÍTULO 2 – PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Os libertários exaltam a liberdade de escolha, e por isso deploram o paternalismo. Os paternalistas são vistos como céticos sobre a liberdade irrestrita de escolha e deploram o libertarianismo. De acordo com a crença popular, libertários jamais poderiam adotar o paternalismo. A ideia de um paternalismo libertário parece uma contradição terminológica.⁷³

No capítulo anterior buscou-se demonstrar que nem todas as decisões tomadas e ações realizadas podem ser explicadas pelo que tradicionalmente se espera do modelo de escolha do homem racional.

Apresentadas as premissas sobre tomada de decisão, neste capítulo se discutirá a possibilidade de intervenção do Estado no espaço de autonomia do indivíduo, sua forma e legitimidade. Nesta ordem de ideias, será introduzido o conceito de paternalismo jurídico e na sequência explorado o conceito de paternalismo libertário.

2.1 Paternalismo jurídico

2.1.1 Conceito

Interessante reflexão sobre atos acráticos é apresentada por Ralph L. Keeney no artigo intitulado “*Personal Decisions Are the Leading Cause of Death*”. O pesquisador sustenta que a maior causa de mortes prematuras nos Estados Unidos são as escolhas pessoais realizadas de forma antagônica ao que se espera de uma escolha racional. Para sustentar seu ponto Keeney agrupa decisões individuais contrárias à saúde como a opção por uma dieta inadequada, tabagismo, falta de exercício, consumo de drogas lícitas e ilícitas e outros “maus” hábitos e relaciona

⁷³ 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, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>.

tais hábitos com a causa da morte prematura. A conclusão do pesquisador é que as escolhas pessoais são a maior causa de óbitos prematuros nos Estados Unidos.⁷⁴

Os dados são alarmantes, e neste contexto cabem os seguintes questionamentos: Pode o Estado intervir para evitar o que restou acima apontado como a “maior causa de óbitos prematuros”?⁷⁵ Se deve, quais os limites da atuação estatal na restrição da liberdade e autonomia dos indivíduos?

Em termos práticos, por exemplo, é legítimo ao Estado: (i) forçar a poupança para velhice com a adesão obrigatória à previdência social pública (art. 201 CF); (ii) obrigar motoristas e motociclistas a usarem cinto de segurança e capacete respectivamente (art. 54, 55 e 65 Código de Trânsito Brasileiro); (iii) proibir a venda de drogas ilícitas (28 e 33 da Lei 11.343/06); obrigar ou induzir a adoção de um determinado regime de bens no casamento (art. 1.640 e 1.641); obrigar ou induzir a destinação da herança (art. 1.829 e 1.845 CC/02)?

A resposta necessariamente perpassa pelos conceitos de autonomia e paternalismo jurídico. Afinal, o conceito de autonomia servirá para aferição da legitimidade das limitações impostas pela intervenção paternalista no ordenamento jurídico.

Como apontado por Daniel Sarmento, “[a] autonomia do indivíduo é um dos valores mais encarecidos pela cultura moderna e um dos pilares centrais sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos das democracias.”⁷⁶ Neste cenário, se impõe uma breve digressão sobre o tradicional conceito de autonomia e seus novos contornos pelo prisma da dignidade da pessoa humana.

Enquanto a autonomia privada é centrada na ideia de autodeterminação e escolhas de vida da pessoa, a autonomia pública tem como norte a liberdade deliberativa política como exercício da democracia.⁷⁷ Por ser o escopo da presente

⁷⁴ “Over one million people prematurely die each year in the United States due to causes that can be attributed to personal decisions. This is 44.5% of all deaths. For ages from 15 to 64, about 55% of all deaths are attributable to personal decisions. Well over 90% of these premature deaths can be attributed to decisions of the person who died.” (Ralph L. Keeney (2008). Operations Research in Health Care || Personal Decisions Are the Leading Cause of Death. Operations Research, 56(6), 1335–1347.)

⁷⁵ Ralph L. Keeney (2008). Operations Research in Health Care, Personal Decisions Are the Leading Cause of Death. Operations Research, 56(6), 1335–1347

⁷⁶ SARMENTO, Daniel, Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 137.

⁷⁷ SARMENTO, Daniel, Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

dissertação o paternalismo libertário nos atos da vida civil, o foco da discussão se dará no que se denomina autonomia privada.

Uma das mais estudadas concepções tradicionais de liberdade é oferecida por John Stuart Mill ao apontar o princípio do dano. Segundo o autor de “*On Liberty*”, o exercício de poder estatal somente seria legítimo para impedir o dano a terceiro.⁷⁸

Desta forma, para o filósofo liberal, não seria lícito ao Estado interferir na liberdade das pessoas para protegê-las de suas próprias escolhas. Afinal, segundo o autor, normalmente as pessoas reconhecem melhor seus interesses do que o Estado. Ademais, em sua visão, toda restrição, ainda que bem intencionada, causa um dano que tende a ser maior do que o mal que busca evitar.⁷⁹ Sobre o tema, oportuna é a observação de Michael Sandel:

Os trabalhos de Mill são uma árdua tentativa de conciliar os direitos do indivíduo com a filosofia utilitarista que herdara do pai e adotara de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) é a clássica defesa da liberdade individual nos países de língua inglesa. Seu princípio central é o de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem, contanto que não façam mal aos outros. O governo não deve interferir na liberdade individual a fim de proteger uma pessoa de si mesma ou impor as crenças da maioria no que concerne à melhor maneira de viver. Os únicos atos pelos quais uma pessoa deve explicações à sociedade, segundo Mill, são aqueles que atingem os demais. Desde que eu não esteja prejudicando o próximo, minha “independência é, por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo soberano.”⁸⁰

Tradicionalmente, a autonomia privada era estudada sob a lógica burguesa oitocentista. Buscava tutelar o interesse patrimonial do proprietário, contratante e

⁷⁸ “O objetivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controle, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode corretamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato, ou até correto.” (MILL, John Stuart, *Sobre a liberdade*; tradução Pedro Madeira. - [Ed. Digital]. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 26)

⁷⁹ SARMENTO, Daniel, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

⁸⁰ SANDEL, Michael J.; *Justiça - O que é fazer a coisa certa*; [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 64.

testador normalmente identificado por um sujeito concreto: o homem branco, burguês e proprietário.⁸¹ A conceituação de autonomia guardava a preocupação de fornecer embasamento jurídico para manter a circulação de bens e acumulação de riquezas a salvo de intervenções estatais.⁸²

O Estado, como propunha John Stuart Mill, não deveria intervir nas relações privadas patrimoniais de forma a manter livre a engrenagem do modelo de produção capitalista. Preponderava o individualismo sobre a solidariedade. E, pregava-se a igualdade formal, na qual as pessoas eram livres para contratar como bem entendessem, mas não se discutia o abismo de força entre os contratantes. Por fim, não havia aqui maior preocupação com as singularidades pessoais sendo a autonomia existencial colocada em segundo plano.

Fatores históricos, em especial a busca pela superação do terror imposto pela Segunda Guerra Mundial, colocaram luz na reconstrução dos direitos humanos.⁸³ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um marco histórico ao afirmar no art. 1º que “[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Em linha com o momento histórico, a maioria das cartas constitucionais dos Estados democráticos passaram a incorporar o conceito de dignidade da pessoa humana de forma que o princípio, antes trabalhado exclusivamente através de critérios ético-filosóficos, passou a orientar também o debate jurídico.⁸⁴

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 promove um giro axiológico alçando ao primeiro plano os valores existenciais em preferência aos valores patrimoniais.⁸⁵ Com efeito, a Carta Constitucional alocou a dignidade humana como fundamento da República.⁸⁶ Essa mudança, por evidente, atingiu o

⁸¹ SARMENTO, Daniel, Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 141.

⁸² BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Revista Pensar, v.19, n.3, p. 779-818, set./dez. 2014.

⁸³ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 36.

⁸⁴ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 38.

⁸⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina, A caminho de um direito civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 15.

⁸⁶ CF: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

conceito de autonomia. Na nova conformação, centrada na pessoa, a autonomia existencial passa ter maior relevo relegando a autonomia patrimonial para o segundo plano.

Nesta ordem de ideias, a autonomia patrimonial deixa de ser um valor em si e se torna um instrumento de realização das necessidades existenciais e sociais. Passa, portanto, a comportar a imposição de limites internos, de forma que, se antes era absoluta, agora deve se submeter ao crivo do merecimento de tutela. A noção de boa-fé e solidariedade, na roupagem da ordem pública e função social da propriedade e do contrato, surgem como limites internos ao merecimento da tutela da liberdade proprietária. Agora, não basta que o exercício da autonomia patrimonial ultrapasse o requisito de licitude, para que o mesmo seja digno de tutela deve se ancorar em valores constitucionais.⁸⁷ Como exemplifica Gustavo Tepedino:

A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. Os poderes concedidos ao proprietário, portanto, apenas adquirem legitimidade na medida em que seu exercício concreto desempenhe função merecedora de tutela. Daí decorre que, quando certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.⁸⁸

Já a autonomia privada existencial se apresenta como instrumento de tutela da liberdade nas situações jurídicas subjetivas de caráter preponderantemente extrapatrimonial, não apresenta limites internos e não se presta a realizar interesses de terceiros que não o titular.⁸⁹

Cabe aqui uma explicitação, não deve o Estado se intrometer na vida particular das pessoas em nome do moralismo conservador ou progressista. Se o ato de autonomia não ameaça ou fere direitos de terceiros não poderá o Estado

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17-18.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Posse e propriedade na constitucionalização do direito civil: função social, autonomia da posse e bens comuns, p. 497. In: Luis Felipe Salomão; Flávio Tartuce (orgs.), Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência, São Paulo: Atlas, 2018. p. 493.

⁸⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Revista Pensar, v.19, n.3, p. 779-818, set./dez. 2014.

intervir mesmo que a prática ofenda valores compartilhados pela maioria.⁹⁰

Tratando da autonomia existencial, Thamis Viveiros de Castro explica que:

“[...] é possível afirmar que as intervenções paternalistas serão aceitáveis de acordo (i) com o grau de restrição que apresentem à autonomia existencial, se forte ou fraco; (ii) se a pessoa a quem se dirige a tutela jurídica se encontra parcial ou completamente despida de autonomia em função da ausência ou redução do discernimento; e (iii) se o ato de autonomia praticado representa ameaça de lesão a terceiros ou à coletividade e por isso demanda a imposição de limites à autonomia existencial para evitar intensos prejuízos.”⁹¹

Como se verifica, autonomia e paternalismo se relacionam diretamente. De forma geral, a intervenção paternalista interfere na liberdade de ação da pessoa. A autonomia fixa limites à esta intervenção, demarcando fronteiras onde o Estado não deve se imiscuir seja pela elaboração de leis, seja pela atuação do Poder Judiciário.

Conforme definido por Gerald Dworkin, o paternalismo é uma “interferência na liberdade de ação da pessoa justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, à necessidade, aos interesses ou valores da pessoa coagida”.⁹² Dworkin, após críticas à sua concepção inicial, acabou por elastecer o conceito para abranger também as interferências na liberdade não necessariamente coercitivas.⁹³

Uma segunda proposição de definição do paternalismo é oferecida por Macario Alemany. Para o autor a intervenção paternalista se configura quando: “(i) A exerce poder sobre B; (ii) esse poder de A é exercido com o propósito de evitar que B pratique ações (ou deixe de praticar) que causem danos a si mesmo ou representem um aumento de risco de dano.”⁹⁴

⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 177.

⁹¹ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 102.

⁹² Tradução livre de “Elsewhere, I defined the concept as “interference with a person’s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced.” (Dworkin, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121)

⁹³ DWORKIN, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121

⁹⁴ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 87.

O conceito de Alemany se diferencia do proposto por Gerald Dworkin vez que o primeiro não confere legitimidade ao exercício de poder para promover o bem, apenas para evitar o mal, enquanto o segundo expressamente prevê a intervenção em atenção “ao bem-estar, ao bem, à felicidade, à necessidade, aos interesses ou valores da pessoa”.⁹⁵ Sob qualquer dos conceitos apresentados, caso a influência ou o poder exercido para a limitação da liberdade tenha como instrumento uma norma jurídica se estará diante do paternalismo jurídico.

Destacam-se dois elementos principais na proposição paternalista. O binômio necessário ao paternalismo é composto pelos conceitos de “poder” e “zelo”.⁹⁶

O primeiro elemento do conceito corresponde ao exercício de uma manifestação de poder que imponha uma determinada conduta (ação ou abstenção) ao indivíduo restringindo ou eliminando, portanto, sua liberdade de escolha.

Já o segundo elemento do conceito diz respeito à necessária coincidência entre o sujeito destinatário da limitação da liberdade e o sujeito que percebe o resultado positivo da limitação. Ou seja, somente será entendida como paternalista a limitação da liberdade em benefício da própria pessoa e não de terceiros. Por evidente, uma interferência paternalista poderá, como uma externalidade, favorecer a esfera de terceiros. Contudo, o escopo da intervenção paternalista deve ser centrado no indivíduo que tem a sua autonomia limitada.

2.1.2 Classificações

Com escopo de se facilitar o entendimento do paternalismo libertário, mostra-se pertinente abordar, ainda que perfunctoriamente, algumas classificações do paternalismo. Para tanto, será utilizada a taxonomia proposta por Marcelo Zenni Travassos.⁹⁷

⁹⁵ DWORKIN, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121

⁹⁶ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas - 2013. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binimbojm. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

⁹⁷ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia. Estudo de caso sobre as

O paternalismo pode ser entendido como ativo ou passivo conforme a restrição da liberdade se dê pela imposição de uma conduta comissiva (paternalismo ativo) ou omissiva (paternalismo passivo). A obrigatoriedade do uso de capacete pelos motociclistas é um exemplo de paternalismo ativo, já a proibição do consumo de drogas ilícitas se apresenta como um exemplo de paternalismo passivo.

Noutro prisma, o paternalismo poderá ser direto (puro) ou indireto (impuro). No paternalismo direto a restrição na liberdade de um indivíduo busca trazer benefícios ou evitar o mal para o mesmo. Por outro lado, no paternalismo indireto a restrição se dá num agente para promover o bem ou evitar o mal de outro. Assim, a proibição do consumo de drogas pode ser entendida como uma intervenção do paternalismo direto vez que limita a liberdade do usuário buscando seu próprio bem. Já a proibição da comercialização, por restringir a liberdade do traficante em nome da saúde do usuário, é entendida como uma intervenção paternalista indireta. Cumpre destacar que, a depender do conceito de paternalismo adotado, a modalidade indireta não será considerada paternalista por não haver a coincidência da restrição e benefício na mesma pessoa.

O paternalismo pode ser classificado como forte ou fraco. O paternalismo fraco tem como sujeito da restrição de liberdade e proteção apenas aqueles entendidos como incapazes (menores e aqueles que não puderem exprimir sua vontade ou portadores de transtornos mentais incapacitantes).^{98 99} Já o paternalismo forte atinge a todos indistintamente, ou seja, independe da capacidade do destinatário da limitação e proteção paternalista.

A mesma denominação comporta outra classificação. Assim, o paternalismo também poderá ser forte ou fraco a depender do grau de intensidade da intervenção. Nesta taxonomia, será entendido como forte a medida paternalista que se utilizar da coerção na forma de obrigações ou proibições e fraco aquele que se utilizar de uma simples indução de comportamento. O regime sucessório brasileiro comporta ambas as vertentes. Enquanto a norma que determina a reserva de metade do monte hereditário para os herdeiros necessários pode ser entendida como uma intervenção

regulações paternalistas - 2013. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binbenbojm. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

⁹⁸ Art. 3º e 4º do CC/02

⁹⁹ LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015.

paternalista forte, a vocação hereditária, por ser modificável por testamento afastando o elemento coercitivo, deve ser entendida como uma intervenção fraca.

Realizada esta breve digressão sobre o conceito de paternalismo jurídico, se passa a estudar o paternalismo libertário, onde, como se verificará, são afastadas as principais objeções quanto a preservação da autonomia.

2.2 Paternalismo libertário, arquitetura de escolhas e *nudge*

2.2.1 Conceito

*Na Universidade de Chicago, você pode chamar alguém de marxista, anarquista, ou até mesmo de torcedor do Green Bay Packers (o arquirrival do Chicago Bears, o time local da NFL), mas chamar um colega de paternalista é o insulto mais cruel de todos. Fiquei genuinamente intrigado com essa acusação.*¹⁰⁰

Tradicionalmente o mercado é entendido como uma interação de agentes racionais que buscam sempre os melhores resultados para si. A premissa é de que o tomador de decisão possui todas as informações disponíveis, conhecimento e capacidade para processar o melhor resultado num ambiente de incerteza. Sua decisão seria “puramente racional” seguida da pronta execução da decisão tomada.

Como vimos, tal premissa resta contundentemente contestada. Na realidade da experiência humana o tomador de decisão se utiliza predominantemente do Sistema Automático e não possui todas as informações necessárias. E, ainda que tenha o seu Sistema Reflexivo acionado pelo Sistema Automático, sua capacidade de processamento das informações é limitada, o que faz com que se sujeite a heurísticas e vieses quanto é chamado a decidir. Neste cenário, é de se esperar que muitas das decisões tomadas não sejam positivas no sentido de incrementar o bem-estar do tomador de decisão.

O *insight* quanto ao racionalismo limitado foi desenvolvido pelo economista Richard Thaler.¹⁰¹ O professor de Chicago, inspirado pelas pesquisas de Kahneman

¹⁰⁰ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 334.

¹⁰¹ Dentre seus artigos se destacam: SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. University of Chicago, Chicago, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003b. SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. NUDGE: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. Ottawa, Institute of Population and Public Health, 2011. SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. In:

e Tversky, adere ao estudo da racionalidade limitada e seus efeitos no mercado, campo que ficou conhecido como economia comportamental.

Cass Sunstein¹⁰² lecionava direito constitucional e já havia colaborado com Kahneman quando foi convidado por Thaler para escrever um artigo sobre economia comportamental e o direito. O artigo intitulado “*A Behavioral Approach to Law and Economics*”¹⁰³ foi publicado em 1998.¹⁰⁴ Poucos anos mais tarde, Thaler e Sunstein se utilizaram das premissas da teoria de tomada de decisão desenvolvida por Kahneman e Tversky para apresentar o conceito de arquitetura de escolhas e paternalismo libertário no artigo “*Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*” publicado em 2003.^{105 106}

Segundo a dupla de autores, a forma de apresentar o contexto, ainda que muitas vezes imperceptível, afeta o tomador de decisão e o orienta a seguir um determinado caminho. Surge, assim, o conceito de arquiteto de escolhas como aquele que cria ou influencia o contexto em que a decisão é tomada. A arquitetura de escolhas seria então o contexto em que as opções são postas frente ao tomador da decisão.

Exemplos de arquitetura de escolhas são encontrados em nosso cotidiano. A forma de organizar um buffet pode incentivar: o consumo de alimentos mais baratos, o consumo de alimentos com data de validade mais próxima do fim, ou, ainda, incentivar hábitos de alimentação mais saudáveis. Por claro, alguma organização obrigatoriamente deve ser feita e aquele que escolhe a disposição do

SHAFIR, Eldar (Org.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012a. Para enumeração de artigos de destaque se sugere consultar a página do The Nobel Foundation (<https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2017/thaler/facts/>).

¹⁰² Dentre seus artigos se destacam os publicados em conjunto com Thaler e: Republic.com (2001), Risk and Reason (2002), Why Societies Need Dissent (2003), Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness (with Richard H. Thaler, 2008), Simpler: The Future of Government (2013), The Ethics of Influence (2016), #Republic (2017), Impeachment (2017), Legal Reasoning and Political Conflict (2d. ed. 2018), The Cost-Benefit Revolution (2018), On Freedom (2019), Conformity (2019), How Change Happens (2019), and Too Much Information (2020).

¹⁰³ JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R. and THALER, Richard H., *A Behavioral Approach to Law and Economics*. Stanford Law Review, July 1998, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=74927>

¹⁰⁴ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 268.

¹⁰⁵ THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R., c, 70 U. Chi. L. Rev. 1159 (2003)

¹⁰⁶ Na realidade, o primeiro artigo da dupla de autores em defesa do paternalismo libertário foi o *Libertarian Paternalism* (THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. “*Libertarian Paternalism*”. American Economic Review: Papers and Proceedings 93, nº 2: 175-9.2003.), posteriormente expandido para o conhecido *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*.

buffet é um arquiteto de escolhas que vai incentivar algum dos comportamentos antes listados.

Ainda no campo da alimentação, a escolha do tamanho do prato pode incentivar a maior ou menor ingestão de alimento ao dar a impressão de prato cheio. Não por outro motivo os pratos de restaurantes de venda de comida por peso são grandes e sem fundo central demarcado, com a impressão de prato vazio a pessoa continuará se servindo e o restaurante terá maior venda.

Outro exemplo interessante é a distância com que são pintadas as faixas numa estrada. Se pintadas mais próximas umas das outras se cria a impressão de maior velocidade para motorista do que se pintadas mais distantes. O engenheiro de trânsito, atuando como arquiteto de escolhas, pode utilizar a forma de pintar as faixas para induzir o aumento ou redução da velocidade pelo motorista conforme o local da estrada.

Como se verifica pelos exemplos acima, um contexto sempre existirá, ele é inevitável. O buffet será obrigatoriamente disposto de alguma forma, o restaurante disponibilizará um prato, o engenheiro de trânsito pintará a faixa da estrada. A sugestão de Thaler e Sunstein parte da inevitabilidade da existência de algum contexto para propor que o mesmo seja pensado para favorecer a escolha da melhor decisão para o tomador.

A premissa posta é de que “no nosso mundo cada vez mais complicado, não se pode esperar que as pessoas sejam competentes para tomar decisões sequer próximas ao ideal em todos os âmbitos em que são obrigadas a escolher.”¹⁰⁷

Por certo as pessoas desenvolvem maior habilidade de decisão em temas nos quais estão acostumadas a decidir. Contudo, a vida em sociedade obriga a tomada de decisão nos campos mais diversos e não familiares. Para estas decisões uma arquitetura de escolhas que influencie as pessoas para a escolha que melhor atenda seus interesses pode melhorar suas vidas.

A melhor escolha, de forma geral, é aquela que o tomador de decisão faria caso dispusesse de todas as informações necessárias e não sofresse qualquer restrição à deliberação racional.¹⁰⁸

¹⁰⁷ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 336.

¹⁰⁸ Thaler, Richard H., Sunstein, Cass R., *Nudge : the final edition* / Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, New York, Penguin Books, an imprint of Penguin Random House LLC, 2021, p. 312.

Ressalta-se, contudo, que pela formulação de Thaler e Sunstein a intervenção jamais poderá usar de coerção.¹⁰⁹ A liberdade de escolha, de negar a opção direcionada, deve ser plena e sem maiores custos ou dificuldades para a pessoa alvo da intervenção.

A ideia de direção correta tem evidente cunho paternalista e os autores realizam a defesa da posição com um conceito aparentemente excludente, o paternalismo libertário. A justificativa é simples, há a indução a uma determinada escolha, entendida como a melhor para o tomador de decisão, contudo, o mesmo é livre para optar por qualquer outro caminho sem nenhum custo adicional ou empecilho significativo. Neste sentido, a liberdade, como possibilidade de oposição à direção sugerida, é preservada e se coloca como uma válvula de escape para intervenção paternalista desastrada ou maliciosa.

Como já discutido, o paternalismo pode ser entendido como uma “interferência na liberdade de ação da pessoa justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, à necessidade, aos interesses ou valores da pessoa”, utilizando meios de coerção ou não.¹¹⁰

Já o libertarismo, em brevíssima síntese, defende a liberdade máxima das pessoas desde que seu exercício não imponha riscos para terceiros. Dito de outra forma, a liberdade é entendida como um direito fundamental que somente poderá ser limitado para proteção de terceiros.¹¹¹ Nota-se, pelo exposto, que para os libertários não se mostra tolerável uma restrição da liberdade do sujeito na defesa de seus próprios interesses. Assim, pontua Michael Sandel:

“Os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana. Sua alegação principal é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade -temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo

¹⁰⁹ Não se nega a necessidade de coerção para alguns casos. Mas em tais casos, a intervenção não poderá ser caracterizada como paternalista libertária.

¹¹⁰ A síntese retira a coerção como elemento obrigatório da primeira proposta de Dworkin, ou seja, segundo o autor existem medidas paternalistas que não obrigatoriamente se utilizam da coerção. (Dworkin, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121)

¹¹¹ SANDEL, Michael J.; *Justiça - O que é fazer a coisa certa*; [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 79.

que nos pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo.”¹¹²

A proposta de conciliação destas duas visões aparentemente antagônicas é sustentada pela onipresente preservação da liberdade de escolha pela visão paternalista libertária. Pela formulação, a opção de não seguir o caminho proposto pela arquitetura de escolhas possui dupla função. Primeiramente, ela preserva a liberdade das pessoas. Mas não só. A possibilidade de seguir por outro caminho funciona também como uma proteção das pessoas caso a arquitetura tenha sido mal planejada ou intencionada.

Retornando aos exemplos anteriores, o cliente do buffet poderá pular a sessão de saladas e se servir de quaisquer dos alimentos dispostos. Da mesma forma, a quantidade de alimentos não será limitada pelo tamanho do prato vez que o cliente poderá se servir por quantas vezes desejar. Igualmente, o motorista, ainda que influenciado pela sensação de velocidade proporcionada pela proximidade das faixas, não terá a velocidade do automóvel limitada por nenhum dispositivo mecânico e poderá dirigir na velocidade de sua escolha.

A arquitetura de escolhas quanto à disposição de alimentos no mercado foi abordada em 04/11/2020 pelo plenário do STF ao julgar a ADI 5166 de relatoria do Min. Gilmar Mendes, ocasião em que se afirmou a importância da arquitetura de escolhas como instrumento de políticas públicas.¹¹³

Em apertada síntese, a Associação Brasileira de Supermercados contestava a constitucionalidade da Lei nº 15.361, de 18 de março de 2014, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a exposição de produtos orgânicos nos estabelecimentos comerciais. A referida Lei determina que os produtos orgânicos devem ser dispostos em lugares exclusivos de modo a segregá-los dos demais e que sua

¹¹² SANDEL, Michael J.; *Justiça - O que é fazer a coisa certa*; [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 78.

¹¹³ Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei estadual que dispõe sobre a exposição de produtos orgânicos em estabelecimentos comerciais. 2. Repartição de competências. 3. Competência privativa da União para legislar sobre direito comercial versus competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor. 4. Norma estadual que determina exposição de produtos orgânicos de modo a privilegiar o direito de informação do consumidor. Possibilidade. 5. Inexistência de violação à livre iniciativa. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 5166, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-276 DIVULG 19-11-2020 PUBLIC 20-11-2020)

identificação deve ser fácil e conter os seguintes dizeres: “Produto Orgânico - sem agrotóxico”.

O escopo da norma paulistana foi exatamente alterar o contexto decisório dispondo a informação sobre as qualidades de determinados produtos de forma simples e inequívoca. Evitando, assim, que os consumidores fossem ludibriados por estratégias de *marketing* que pudessem atribuir as qualidades exclusivas dos alimentos orgânicos a outros alimentos não orgânicos. Assim fazendo, a lei em questão acaba por evitar erros dos consumidores e, deste modo, incentivar o consumo de alimentos mais saudáveis. Oportuna parece a transcrição parcial do voto do Min. Gilmar Mendes:

No presente caso, alega-se que a disposição dos produtos em um supermercado para venda ao consumidor é ato de comércio e, portanto, objeto do direito comercial. Constatado, no entanto, que a norma impugnada se dirige à proteção do consumidor, para garantir ao cidadão o devido acesso à informação a respeito dos produtos orgânicos disponíveis nos estabelecimentos comerciais.

O ato normativo em questão assegura ao consumidor o direito de obter facilmente informação a respeito do tipo de produto cuja exposição se pretende privilegiar. Conforme justificativa que acompanhou o projeto de lei, pretendeu o legislador facilitar para o consumidor a localização dos produtos orgânicos e estimular seu consumo.

Ora, é próprio do Poder Legislativo adotar medidas que estimulem ou desencorajem determinado comportamento. Lembro, de passagem, a ilustrativa doutrina de Thaler e Sunstein, em sua obra *Nudge*, quando afirmam que escolhas arquitetônicas como essa podem aprimorar a vida dos cidadãos e concretizar políticas públicas relacionadas à área da saúde. Sustentam os doutrinadores que pequenos detalhes, por vezes aparentemente irrelevantes, impactam a tomada de decisões das pessoas. Quando orientações como essa versam sobre produção e consumo, como é o caso, compete à União e aos Estados legislar concorrentemente a respeito.¹¹⁴

Destaca-se ainda que ao declarar a constitucionalidade da norma o STF consignou que “compete ao Poder Público encontrar mecanismos para influenciar as escolhas do cidadão, a fim de que este tome as melhores decisões.”¹¹⁵ O conceito

¹¹⁴ ADI 5166, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-276 DIVULG 19-11-2020 PUBLIC 20-11-2020.

¹¹⁵ ADI 5166, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-276 DIVULG 19-11-2020 PUBLIC 20-11-2020.

chave é *influenciar*, o que não significa limitar as opções de escolha do tomador de decisão, apenas direcioná-lo no melhor caminho para si.¹¹⁶

Noutra ocasião, o plenário do STF utilizou o conceito de arquitetura de escolhas como argumento para julgar o RE 1070522/PE e fixar a tese de repercussão geral nº 1013. Em síntese, tratava-se de questionamento quanto a constitucionalidade de norma que fixava “percentuais mínimos e máximos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e na transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos locais.”¹¹⁷

O Min. Luiz Fux, relator do acórdão, afirmou que, na perspectiva do ouvinte, a inserção de programação local na grade de transmissão funcionaria como uma *arquitetura de escolhas*. Segundo o Ministro, a norma alteraria a arquitetura das rádios promovendo a cultura local, sem, contudo, retirar a opção do ouvinte, que poderia trocar de estação para consumir outro tipo de conteúdo vez que as emissoras não teriam a obrigação de veicular o conteúdo local no mesmo horário. Confira-se trecho do voto:

Perante os cidadãos-usuários, a “cota” de produções locais funciona como uma circunstância condicionante da *arquitetura de escolhas*, e não como uma limitação definitiva das opções. Quando o Poder Público aumenta a oferta de programas locais – por meio de um percentual mínimo de exibição, porém sem qualquer vinculação prévia sobre o modo de inserção na grade programação (i. e. formato, horário de exibição) –, ele cria um *nudge*, isto é, uma política pública de difusão da cultura que se beneficia do viés cognitivo dos cidadãos a serem ouvintes e telespectadores em momentos de lazer (SUSTEIN, Cass. *Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation*. In: *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford University Press, 2014, pp. 746-762).”

Como se vê, o STF, com lastro no art. 221 da CF¹¹⁸, entendeu como constitucional a indução ao consumo de programação local nas rádios e fixou a tese

¹¹⁶ Daniel Sarmiento também entende pela legitimidade da utilização de *nudges*, para o autor constitucionalista os entes públicos “não só podem como devem” fomentar hábitos mais saudáveis pelas pessoas. (SARMENTO, Daniel, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174.)

¹¹⁷ RE 1070522, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgamento: 18/03/2021, Publicação: 26/05/2021.

¹¹⁸ CF: art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua

pela constitucionalidade dos procedimentos licitatórios que exijam percentuais mínimos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e transmissão de conteúdo local.¹¹⁹

Aqui fica claro que a individualidade regional é entendida como um valor a ser protegido como mecanismo de construção e reforço da identidade do consumidor da programação local. A medida não se justificaria pelos moldes do paternalismo libertário caso o objetivo fosse apenas assegurar os empregos gerados pela produção local visto que tal objetivo não é necessariamente alinhado com o do consumidor da programação.

Como se nota pelos exemplos antes referidos, o arquiteto de escolhas busca influenciar positivamente o tomador de decisão, mas não limita ou impõe barreiras ao processo decisório.

Evidentemente, a expressão “paternalismo libertário” não se mostrava de simples entendimento e os autores popularizaram a denominação inglesa *nudge*, que lhes foi sugerida pelo editor do livro transformado em *bestseller*. Thaler e Sunstein trazem a seguinte definição:

Um *nudge* é qualquer aspecto da arquitetura da escolha que altera o comportamento das pessoas de modo previsível sem proibir quaisquer alternativas nem alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar.¹²⁰

Dito de outra forma, “um *nudge* é um pequeno elemento no ambiente que chama a nossa atenção e influencia o comportamento”¹²¹, “são fatores supostamente irrelevantes que influenciam nossas escolhas de uma maneira que nos deixe em uma posição melhor.”¹²² O *nudge* é aquele elemento na arquitetura de

divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

¹¹⁹ STF. Tese de repercussão geral 1013: “São constitucionais os procedimentos licitatórios que exijam percentuais mínimos e máximos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos locais, nos termos do artigo 221 da Constituição Federal de 1988.

¹²⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 15.

¹²¹ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 338.

¹²² THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 338.

escolhas que orienta o tomador da decisão, ele é a manifestação do paternalismo libertário na situação em concreto.

Uma analogia mencionada por Thaler pode facilitar o entendimento. Cada vez mais comum é a utilização de aparelhos de GPS para auxiliar a escolha da melhor rota de deslocamento. Espera-se que o GPS indique o melhor caminho (seja no critério distância, seja no critério tempo) para se chegar ao destino. Contudo, nenhum motorista é obrigado a seguir o caminho apontado pelo GPS. No exemplo, o GPS funciona como um *nudge*, afinal, ele se apresenta como “um pequeno elemento no ambiente que chama a nossa atenção e influencia o comportamento”¹²³ ao mesmo tempo que preserva a liberdade de escolha ao permitir que o motorista siga qualquer outro caminho que entenda mais conveniente sem custo adicional. Cass Sunstein pontua:

Os *nudges* mais óbvios consistem em regras-padrão, que estabelecem o que acontece se as pessoas não fizerem nada. Outros incluem simplificação (por exemplo, de candidaturas a formação profissional ou ajuda financeira); divulgação de informações factuais (por exemplo, rótulos de calorias); advertências, gráficas ou outras (por exemplo, em maços de cigarros); lembretes (por exemplo, de contas que estão prestes a se tornar vencimento); aumento da facilidade e conveniência (por exemplo, por meio do design do site); usos de normas sociais (por exemplo, divulgação de como o uso de energia de alguém se compara ao dos vizinhos); recompensas não monetárias, como reconhecimento público; escolha ativa (como na pergunta: que plano de aposentadoria você quer? Ou ainda, quer se tornar um doador de órgãos?); e estratégias de pré-compromisso (através de qual as pessoas concordam, de antemão, com um determinado curso de conduta, como num programa de antitabagismo).¹²⁴

¹²³ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 338.

¹²⁴ Tradução livre de: “The most obvious *nudges* consist of default rules, which establish what happens if people do nothing at all. Others include simplification (for example, of applications for job training or financial aid); disclosure of factual information (for example, calorie labels); warnings, graphic or otherwise (for example, on cigarette packages); reminders (for example, of bills that are about to become due); increases in ease and convenience (for example, through website design); uses of social norms (for example, disclosure of how one’s energy use compares to that of one’s neighbors); nonmonetary rewards, such as public recognition; active choosing (as in the question: what retirement plan do you want? or do you want to become an organ donor?); and precommitment strategies (through which people agree, in advance, to a particular course of conduct, such as a smoking cessation program).” (Sunstein, Cass R., *The Ethics of Nudging* (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>)

Mas quando o arquiteto de escolhas deve induzir um comportamento por meio de um *nudge*? Thaler e Sunstein afirmam que o *locus* mais propício para utilização de *nudges* se dá para decisões (i) difíceis e pouco frequentes (ii) sem *feedback* imediato e (ii) quando as variáveis forem difíceis de compreender.¹²⁵

Um exemplo de decisão difícil, pouco frequente com *feedback* não imediato é a escolha do regime de bens do matrimônio. De forma geral, as pessoas têm um ou poucos matrimônios durante a vida. O regime de bens do matrimônio é uma decisão com inúmeros reflexos, inclusive no campo sucessório, e sua principal eficácia, aqui entendida como repartição dos bens, se apresentará somente com o divórcio ou óbito. Por estas razões, o *feedback* quanto a decisão tomada tende a ser protraído por anos ou décadas. Aqui, a inexperiência dos nubentes recomenda a adoção de um *nudge*.

A escolha de um modelo de financiamento imobiliário também se encaixa nas premissas acima. O imóvel residencial muitas vezes é chamado de o “bem da vida”, alinha-se que demonstra quão poucas vezes se adquire o ativo durante o curso da vida. A escolha de um modelo de financiamento, tabela SAC ou Price, é difícil, pouco frequente e o *feedback* se dará ao longo do financiamento que poderá levar mais de uma década. Neste cenário, *nudges* informacionais e regras-padrão podem ser bem-vindos.

Quando dos resultados da decisão tomada somente são visíveis somente no longo prazo um *nudge* pode ajudar o tomador de decisão. Hábitos saudáveis desafiam o autocontrole humano. O consumo de chocolates, álcool e tabaco induz um comportamento prazeroso no curto prazo, mas o abuso pode gerar consequências não positivas no longo. Em sentido contrário, o hábito de poupar obriga uma renúncia financeira no curto prazo para a realização de um sonho no longo prazo. Como se sabe, as pessoas têm problemas com o autocontrole e *nudges* podem auxiliar que a decisão presente tome em consideração as consequências futuras.

Variáveis incompreensíveis também justificam a utilização de um *nudge*. A declaração anual de imposto de renda pode exemplificar a questão. A tarefa é complexa a ponto de muitos contratarem um profissional para realizá-la. Ainda que

¹²⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 87.

se evidenciem inúmeras falhas, o sistema de declaração anual de imposto de renda pessoa física recomenda a adoção do modelo simples ou completo conforme o valor da restituição automaticamente calculada. Esta recomendação pode ser entendida como um *nudge* e ajuda o contribuinte a navegar pelo incompreensível regulamento do imposto de renda.

Retornando às formas de pensar ilustradas pelos Sistemas Automático e Reflexivo, os *nudges* podem direcionar o tomador de decisão pela influência num ou noutro sistema. Por exemplo, enquanto um *nudge* informacional tenta melhorar a qualidade da deliberação do Sistema Reflexivo apresentando a informação de forma clara e simples, outros *nudges* são desenhados para atuar no Sistema Automático e são efetivos sem incrementar a qualidade da deliberação do tomador de decisão.

Os *nudges* educativos podem ser realizados de diversas formas. O arquiteto de escolhas pode apresentar avisos pertinentes e oportunos e qualquer outra forma de aumentar a capacidade reflexiva do tomador de decisão. Por exemplo, um aplicativo bancário pode (i) realizar diversos *nudges* educativos quanto aos hábitos de consumo do cheque especial destacando por quantos dias o cliente utilizou o crédito e o valor dos juros no mês e no ano, ou ainda, (ii) informar no momento da transferência bancária que o cliente irá utilizar o cheque especial e irá pagar tantos reais por mês em caso de manutenção do saldo negativo.

A Lei nº 14.181/2021, que incluiu o inciso XIII no artigo 6º da Lei 8.078/90 do Código de Defesa do Consumidor, é um excelente exemplo de *nudge* educativo. O inciso XIII do referido artigo afirma ser direito do consumidor “a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.” No contexto do supermercado, onde cada empresa produtora possui a faculdade de embalar seus produtos com a quantidade orientada pelo seu departamento de *marketing*, a medida aumenta a capacidade deliberativa do consumidor que poderá comparar os produtos com maior facilidade sem precisar realizar uma “regra de três” para verificar qual produto é mais barato pela mesma quantidade. É indiscutível a utilidade da informação proporcionada pela nova norma para a tomada de decisão. A arquitetura é simples, barata, preserva a liberdade e incrementa a qualidade da decisão do consumidor.

A lista de *nudges* educativos inclui qualquer a informação passada de forma adequada e simples como avisos pertinentes e oportunos ou qualquer outra forma de aumentar a capacidade deliberativa do tomador de decisão.

Destaca-se que a informação deve ser transmitida de maneira simples para que o *nudge* informacional seja eficaz. Pouco adianta disponibilizar uma informação caso a mesma não seja recepcionada e corretamente considerada ao processo de deliberação. Assim, é muito mais eficaz informar que um refrigerador é econômico numa escala de 1 a 4 do que afirmar que ele consome tantos KWh/mês (kilowatt-hora/mês), afinal, pouquíssimos consumidores sabem o que seria kilowatt-hora e o quanto isso representa em valores monetários na economia doméstica. Da mesma forma, a informação quanto ao gasto mensal e anual esperado do aparelho ligado oito horas por dia complementa a informação de forma a permitir uma melhor reflexão do consumidor.¹²⁶

Um ponto a ser ressaltado é que os *nudges* voltados ao Sistema Reflexivo incrementam a qualidade da decisão realizada e não apresentam qualquer dilema ético. Com melhores informações o tomador de decisão poderá escolher o melhor para si preservando sua individualidade e liberdade de escolha.¹²⁷

Ocorre que nem sempre os *nudges* voltados ao Sistema Reflexivo são simples ou eficientes o suficiente para serem absorvidos pelo tomador de decisão. São tantas decisões durante o dia que nem sempre as pessoas estão dispostas a despendar mais tempo ou esforço cognitivo para melhorar sua qualidade. Mas não só, mesmo que a decisão seja tomada, sua implementação no mundo dos fatos pode ser embaraçada pela inércia e procrastinação inerentes às pessoas.¹²⁸ Assim, defendem os paternalistas libertários, surge a necessidade de *nudges* não educativos ou voltados para o Sistema Automático.

¹²⁶ Aqui a informação simples do valor monetário a ser despendido no período de um ano pode funcionar como um antídoto contra a visão imediatista (*presente bias*), pela qual o consumidor poderá comprar um aparelho mais barato que consuma mais e no longo prazo saia mais caro.

¹²⁷ Sunstein, C.. (2016). People Prefer System 1 *Nudges* (Kind Of). Duke Law Journal. 66, p. 125

¹²⁸ “As a matter of principle, the challenge arises when it is costly and difficult to make people better choosers— and when the net benefits of a System 1 *nudge* are far higher than the net benefits of a System 2 *nudge*. System 1 *nudges*, such as automatic enrollment, make life much simpler, and that is no small gain. There is also evidence that System 2 *nudges* can affect beliefs without affecting behavior, and that System 1 *nudges* can be more effective in altering what people actually do.” (Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 97.)

Segundo Cass Sunstein, os *nudges* não educativos melhoram a navegabilidade dentre as opções funcionando como uma bússola ou GPS. Eles preservam a liberdade do tomador de decisão e influenciam seu caminho sem necessariamente incrementar a qualidade da deliberação sobre a decisão tomada. Por atenderem à fins relevantes, promovem o bem-estar.¹²⁹

2.2.2 Principais objeções e respostas

As principais objeções ao paternalismo libertário e respectivas respostas são tratadas ao longo da dissertação, contudo, convém agrupá-las para fins de sistematização.

Alguns *nudges* voltados para o Sistema Automático se apoiam em vieses cognitivos e podem atrair objeções de natureza ética visto que o arquiteto de escolhas tende a alcançar o objetivo esperado sem que tenha sido melhorada a qualidade da deliberação.^{130 131} Quanto a esta primeira objeção, deve-se ter em mente que os *nudges*, sempre que possível, devem ser transparentes de forma que as pessoas saibam de sua existência. Fora isso, a essência de diversos *nudges* é, na realidade, quebrar a armadilha cognitiva em benefício do tomador de decisão. Desta forma, por funcionar como um contrapeso ao viés cognitivo, a arquitetura não deve ser entendida como antiética.

Outra objeção posta é que os *nudges* voltados para o Sistema Automático seriam uma forma de manipulação. Cass Sunstein, antes de afastar a objeção, apresenta um conceito sintético de manipulação. Para o autor, uma intervenção pode ser considerada manipulativa caso busque influenciar uma pessoa afastando sua capacidade de reflexão e escolha.¹³² Como se verifica, pelo conceito de manipulação antes proposto, já de início os *nudges* voltados ao incremento da

¹²⁹ Sunstein, C.. (2016). People Prefer System 1 *Nudges* (Kind Of). Duke Law Journal. 66, p. 125

¹³⁰ Sunstein, Cass R., The Ethics of Nudging (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>

¹³¹ “In some circles, there is a strong preference for interventions that augment people’s capacities, and skepticism about forms of choice architecture that seem to exploit or take advantage of people’s fallibility. If a default rule works because of inertia, for example, it might be seen to be a form of manipulation, and even if that charge is far too strong, some people might contend that it is best to rely on education.” (Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 116-117.)

¹³² Sunstein, Cass R., The Ethics of Nudging (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>

capacidade de deliberação do Sistema Reflexivo não devem ser entendidos como manipulativos.

Tomando em consideração os *nudges* lastreados na falibilidade das pessoas, ou seja, lastreados no Sistema Automático, Sunstein admite que alguns poucos poderiam ser entendidos com algum grau de manipulação. Contudo, sustenta que, o teste de aceitação ética dos *nudges* não deve ser maior do que para outras ações corriqueiras que também contém algum grau de manipulação.^{133 134} Por exemplo, se por anos a indústria tabagista se utilizou de um cenário glamuroso para incentivar o consumo do produto, não haveria obstáculo ético na utilização de um cenário não desejável que ative o Sistema Automático para combater o consumo do produto. Não obstante, assim como em outras atividades, o grau de manipulação não pode ser elevado. Assim, mensagens subliminares, por enfraquecer a capacidade reflexiva, devem ser afastadas.

Outro argumento contrário ao paternalismo libertário se relaciona com a inabilidade ou desconfiança quanto aos motivos do arquiteto de escolhas. A principal preocupação se justifica vez que grupos de *lobby* podem capturar o arquiteto de escolhas para incentivar determinado comportamento nocivo. Aqui a resposta é dada pela principal distinção do paternalismo libertário das outras formas de intervenção paternalistas, a liberdade. Neste sentido, caso o arquiteto de escolhas realize uma intervenção ilegítima ou desastrada, as pessoas afetadas têm a liberdade de rejeitar o caminho proposto e tomar a decisão que lhes aprouver. A liberdade, que caracteriza a intervenção paternalista libertária, é antídoto e resposta à objeção.

Por fim, alguns podem afirmar que o paternalismo libertário abre precedentes para formas mais fortes de paternalismo. Contudo, conforme antes mencionado, a existência do contexto é inevitável. Neste cenário, a estratégia paternalista libertária, que busca desenviesar as pessoas ou incentivá-las à melhor

¹³³ Sunstein, Cass R., *The Ethics of Nudging* (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>

¹³⁴ “No one should deny that at least some *nudges* can be considered as manipulative within ordinary understandings of that term. I have emphasized that any action by government, including nudging, must meet a burden of justification. But when *nudges* fall outside the core and only within the periphery of the concept of manipulation, when they have legitimate purposes, when they would be effective, and when they do not diverge from the kinds of influences that are common and unobjectionable in ordinary life, the burden of justification is generally met.” (Sunstein, Cass R., *The Ethics of Nudging* (November 20, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2526341> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526341>)

decisão, se mostra mais benéfica do que as outras opções, quais sejam, uma arquitetura que busque piorar a escolha ou fazer com que a mesma seja aleatória.

2.2.3 Classificações

Para que se mantenha a uniformidade, será adotada a classificação sugerida por Marcelo Zenni Travassos.¹³⁵

O paternalismo libertário pode ser entendido como ativo ou passivo conforme o incentivo se dê almejando ter como resposta uma conduta comissiva (paternalismo ativo) ou omissiva (paternalismo passivo). Uma norma dispendo sobre a instalação de um dispositivo no automóvel que emita um sinal sonoro quando o motorista acelera sem o cinto de segurança é um exemplo de paternalismo libertário ativo por buscar uma ação do motorista. Por outro lado, uma norma que crie um programa de informação contra o alcoolismo constitui um exemplo de paternalismo libertário passivo vez que busca incentivar a conduta de não ingestão de bebidas alcoólicas.

Noutra classificação, o paternalismo pode ser tido como forte ou fraco conforme o público alvo da arquitetura de escolhas. O paternalismo libertário parte da premissa da racionalidade limitada e é voltado para todas as pessoas independentemente da capacidade, sendo, portanto, entendido como fraco.

Quanto à forma de intervenção, que também se utiliza da nomenclatura forte e fraco conforme o grau de coerção, o paternalismo libertário, por não se utilizar de proibições ou obrigações, e sim da influência realizada pela arquitetura de escolhas, deve ser entendido como fraco.

Por fim, o paternalismo libertário é entendido como uma construção de paternalismo puro vez que a intervenção na arquitetura de escolhas de uma pessoa busca trazer benefícios para a mesma.

2.2.4 Legitimidade da arquitetura de escolhas

¹³⁵ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas - 2013. Orientador: Prof. Dr. Gustavo Binbenbojm. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

*The capacity of the human mind for formulating and solving complex problems is very small compared with the size of the problems whose solution is required for objectively rational behavior in the real world – or even for a reasonable approximation to such objective rationality.*¹³⁶

Com o escopo de sistematização, Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch sugerem um guia de legitimidade para implementação de *nudges* no livro *Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging*.¹³⁷ Para os autores:

- os *nudges* devem ter fins legítimos;¹³⁸
- os *nudges* devem respeitar direitos individuais;
- os *nudges* devem ser consistentes com os valores e interesses das pessoas;
- os *nudges* não devem manipular as pessoas;
- os *nudges*, de forma geral, não devem tirar coisas de alguém e dar para outro sem o consentimento expresso do primeiro; e
- os *nudges* devem ser preferencialmente transparentes e não ocultos.¹³⁹

Os seis “princípios de legitimidade” propostos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch, segundo os próprios autores, devem ser entendidos como um guia interpretativo aberto a orientar o arquiteto de escolhas.¹⁴⁰

Destaca-se que a proposta de Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch quanto a legitimidade dos fins na utilização de *nudges* não apresenta maior elaboração ou

¹³⁶ SIMON, Herbert A. *Models of Man: Social and Rational*. New York: John Wiley and Sons, Inc., 1957, 279 p., 198.

¹³⁷ “Drawing on our findings, we suggest six principles of legitimacy—a kind of Bill of Rights for Nudging. We emphasize that as for other Bills of Rights, the items on the list should be taken as broad principles, rather than as concrete specifications. They remain to be given concrete content through engagement with particular cases. In some cases, they should be treated only as presumptive, and as subject to override on the basis of a compelling justification.” (*Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging* / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-134.)

¹³⁸ Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch endereçam o primeiro dos “princípios de legitimidade” somente aos servidores públicos. Não obstante a limitação da redação, nos parece que a que a orientação deva ser direcionada a qualquer *arquiteto de escolhas*.

¹³⁹ Tradução livre de: Public officials must promote legitimate ends; *Nudges* must respect individual rights; *Nudges* must be consistent with people’s values and interests; *Nudges* must not manipulate people; In general, *nudges* should not take things from people, and give them to others, without their explicit consent; *Nudges* should be transparent rather than hidden (*Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging* / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-134.)

¹⁴⁰ *Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging* / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 130.

filtros. Os autores apontam a legitimidade do fim apenas como um ponto inicial para o afastamento de alguns *nudges* que a *primo oculi* contrariam valores caros à sociedade.¹⁴¹ Para a dupla de autores, é fácil afastar a legitimidade do fim para arquiteturas que sejam desenhadas para afastar valores como a liberdade e igualdade entre as pessoas e religiões.

Mas e quando a legitimidade ou ilegitimidade do fim não é tão clara? Os autores não apresentam uma resposta definitiva.¹⁴² Quanto ao alicerce de legitimidade quanto ao escopo, considerando o regime constitucional brasileiro, pode-se entender que a arquitetura de escolhas será legítima quando promover valores constitucionais relevantes. Como observa Maria Celina Bodin de Moraes:

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, se deve coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta ótica as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Transforma-se, em consequência, o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e a sua dignidade seja mais ampla mente tutelada.¹⁴³

Nesta linha, se toda norma deve buscar sua legitimidade na Constituição Federal, é razoável se entender que a arquitetura de escolhas também deva buscar na Constituição sua legitimação. Assim, o objetivo prático promovido pela arquitetura de escolhas deve estar alinhado com um valor constitucionalmente relevante.

¹⁴¹ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131.

¹⁴² “The issue becomes more interesting, of course, when there is a dispute about what counts as a legitimate end. Is it legitimate to *nudge* people to be heterosexual? To believe in God? Different people, and majorities in diferente nations, are likely to offer different answers to such questions, and to many people, the answers are obvious; they essentially need no defense. Our goal here is not, of course, to reach conclusions about what count as legitimate ends. It is only to suggest that insofar as there is legal or social clarity on that topic, it creates a barrier against some *nudges*.” (Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131.)

¹⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina, A caminho de um direito civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 15.

Adotando tal premissa, surge então a possibilidade de colisão entre valores constitucionais no desenho da arquitetura de escolhas. Como apontado por Hiegl “as genuínas tragédias do mundo não são conflitos entre certo e errado. São conflitos entre dois certos.”^{144 145}

No caso de colisão entre valores constitucionais para a implementação da arquitetura de escolhas, entendemos que deva ser realizado um juízo de ponderação pelo arquiteto de escolhas.¹⁴⁶ Aqui sugerimos a apropriação da técnica de ponderação constitucional para afirmar que se deve realizar um:

“exame da relação entre as vantagens e ônus da medida, sob o ângulo constitucional (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito). Em outras palavras, analisa-se se a restrição ao interesse constitucionalmente protegido por uma norma constitucional é ou não compensada pela promoção do interesse antagônico.”¹⁴⁷

Os direitos individuais também devem ser respeitados quando da implementação de *nudges*. Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch enfatizam a preservação dos direitos individuais como uma categoria apartada da legitimidade dos fins. A preservação do direito de escolha é uma premissa para que a interferência no contexto seja considerada um *nudge*, mas ainda assim, os autores destacam que um *nudge* não pode ter como escopo atingir ou restringir direitos individuais do tomador da decisão.¹⁴⁸

¹⁴⁴ *Apud* in BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. Revista de Direito Privado, a. 14, v. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez./2013.

¹⁴⁵ Por exemplo, como será trabalhado no próximo capítulo, a doação de órgãos após a morte pode ser estudada sob o prisma do Princípio da Dignidade na vertente autonomia a privilegiar a decisão do disponente quanto ao destino de seu corpo ou do Princípio da Solidariedade sob o prisma das pessoas que aguardam na fila do transplante.

¹⁴⁶ “Quase todo o debate sobre a ponderação concentra-se na sua realização pelo juiz. Porém, não é apenas o Poder Judiciário que realiza ponderações entre interesses constitucionais contrapostos. O Legislativo e a Administração Pública também o fazem, e até mesmo particulares, quando têm de resolver, no âmbito das suas atividades, colisões entre normas constitucionais.” (Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica, 2012, p.420.)

¹⁴⁷ Souza Neto, Cláudio Pereira de Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. – Belo Horizonte: Fórum, 2012, 1. ed., Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica, 2012, p.423.

¹⁴⁸ *Trusting nudges: toward a bill of rights for nudging* / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-132.

Os *nudges* devem ser consistentes com os valores e interesses pessoais do tomador de decisão. Eles devem ser desenhados para proteger o tomador de decisão dos seus próprios erros de julgamento conforme os valores e interesses que se possa inferir na sociedade na qual o nudge será utilizado.¹⁴⁹ Esta validação deve ser constante e o arquiteto de escolhas deve sempre buscar os tomadores de decisão para validar a arquitetura proposta. Dito de outra forma, o arquiteto de escolhas deve reavaliar a arquitetura proposta com os tomadores de decisão e buscar compreender se a direção apontada está realmente coincidindo com aquela que o tomador de decisão tomaria caso fosse adequadamente informado e não houvesse qualquer viés a induzir seu comportamento.

Na ausência de união de valores entre o tomador da decisão e a arquitetura proposta, cai para o arquiteto de escolhas o peso da justificação da medida. Por exemplo, ainda que em determinada região a cultura local discrimine pessoas com base na etnia ou religião, o arquiteto de escolhas poderá desenhar *nudges* de forma a concretizar o Princípio Constitucional da Igualdade. Aqui, a preservação da igualdade, reflexo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é suficiente para justificar a arquitetura que não comungue exatamente com a percepção daquele grupo social.¹⁵⁰

Ademais, as técnicas de arquitetura de escolhas não devem ser utilizadas para promover interesses de terceiros. Neste sentido, uma norma que estipule uma doação para uma impecável instituição de caridade de forma presumida com desconto em folha de pagamento, ainda que louvável frente a solidariedade social e eficiente em razão do viés inercial, e que possa ser cancelada a qualquer momento preservando a liberdade, não promove o interesse do tomador de decisão, razão pela qual deve ser afastada.

Igualmente, mantidas as mesmas condições e fato gerador, não parece ser razoável uma arquitetura que implemente uma variação positiva de alíquota

¹⁴⁹ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 132.

¹⁵⁰ “O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta é uma das formas de igualdade, a primeira porque a mais básica, a que normalmente se denomina “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina, O princípio da dignidade da pessoa humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 86.)

tributária a depender de uma simples escolha comissiva do contribuinte. Como já explanado, a inércia e procrastinação afetam a tomada de decisão e a execução da escolha. Uma norma que se aproveite de tais vieses para aumentar a arrecadação estatal não parece ser legítima vez que não atenderia aos interesses pessoais do contribuinte. Aqui podemos destacar a diferença entre o programa da Receita Federal para declaração anual do imposto de renda pessoa física e a sistemática de abatimento do IPTU promovido pela Prefeitura do Rio de Janeiro. Enquanto a arquitetura de escolhas desenhada pelo programa federal indica a melhor opção para o contribuinte entre a apresentação do modelo simplificado de declaração ou o completo, incentivando a melhor escolha para o contribuinte economizar no pagamento do tributo, o programa municipal obriga o contribuinte a realizar um cadastro burocrático para obter benesse fiscal de desconto no IPTU.¹⁵¹

Ainda quanto ao filtro do interesse pessoal, é oportuna a objeção realizada por Michael Sandel às loterias estaduais norte-americanas. As loterias americanas representam considerável percentual da arrecadação estadual, chegando, por exemplo, à 13% da arrecadação em Massachusetts. Por claro, as pessoas jogam porque querem e têm a opção de não jogar. Michael Sandel apresenta sua objeção à exploração do jogo argumentando que o Estado não deveria se utilizar de vieses cognitivos para incentivar o jogo. Para o autor, a escolha não seria voluntária por se apoiar em falhas de julgamento humano como a compulsão quanto ao jogo.¹⁵² Neste cenário, qualquer espécie de *nudge* para o incentivo ao jogo, ainda que benéfico para o Estado, deve ser desconsiderado por não promover o interesse pessoal do tomador da decisão.

Como já abordado, as técnicas de arquitetura de escolha não devem ser utilizadas como instrumento de manipulação do tomador da decisão. Regras coercitivas são comuns e legítimas (no caso brasileiro quando promovem valores constitucionalmente protegidos) para promover o bem-estar ou evitar o dano. Não obstante, ainda que buscando fins legítimos, o arquiteto de escolhas não deve alijar o tomador de decisão com instrumentos que afastem sua capacidade de decidir de forma reflexiva. Com efeito, a manipulação ofende a dignidade do tomador de

¹⁵¹ Disponível em: <https://prefeitura.rio/fazenda/prefeitura-abre-prazo-para-abatimento-de-creditos-da-nota-carioca-no-iptu/>, acesso em 20/10/2022.

¹⁵² Sandel Michael J. 2005. Public Philosophy: Essays on Morality in Politics, P. 304, Harvard University Press, p. 71.

decisão vez que não há tratamento respeitoso e transparente e acaba por violar sua autonomia. Isto quer dizer que é legítimo, por exemplo, a realização de campanhas informativas e até mesmo a proibição do consumo de crack, mas não poderia o Estado se utilizar de mensagens subliminares para manipular o tomador de decisão e evitar o seu consumo.^{153 154}

Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch acrescentam ainda que, de forma geral, *nudges* não devem tirar coisas de alguém e dar para outro sem o consentimento expresso do primeiro. Neste ponto pode-se encontrar a objeção a doações por opção *default*, vez que sem a manifestação expressa do doador não haveria real vontade de doar.¹⁵⁵ Aqui surge um dos maiores dilemas da aplicação do *nudge*: a doação de órgãos. Diversos sistemas adotaram o consentimento presumido como regra-padrão para doação de órgãos após a morte com o escopo de aumentar o número de doadores e, por consequência, de vidas salvas. A questão será melhor trabalhada na sequência, mas desde já se adianta que a arquitetura de escolhas pode sim ser utilizada de forma legítima para incrementar o número de doadores e, por consequência, salvar vidas.

Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte Americana, pontuou que “a luz do sol é o melhor dos desinfetantes”.¹⁵⁶ Nesta toada, como último dos filtros de legitimidade apresentados por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch, temos que os *nudges* devem ser preferencialmente transparentes e não ocultos. Neste sentido, se privilegia a arquitetura de escolhas voltada ao incremento da capacidade reflexiva, como os *nudges* informacionais, aos *nudges* direcionados exclusivamente ao Sistema Automático.¹⁵⁷ Não obstante, deve-se sublinhar que mesmo os *nudges* voltados ao Sistema Automático devem ser amplamente publicizados.¹⁵⁸ Por

¹⁵³ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 132-133.

¹⁵⁴ Na ficção, o tema da manipulação mental é explorado em *Laranja Mecânica* (1971) de Stanley Kubrick e, como era de se esperar, o resultado não é positivo.

¹⁵⁵ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 133.

¹⁵⁶ Tradução livre de “sunlight is said to be the best of disinfectants.” (The ethics of influence: government in the age of behavioral science / Cass R. Sunstein. New York, NY: Cambridge University Press, 2016, p. 72.)

¹⁵⁷ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 134.

¹⁵⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 252.

exemplo, ao se fixar ou alterar uma regra-padrão supletiva da vontade, deve o arquiteto de escolhas dar ciência do fato ao tomador da decisão.

CAPÍTULO 3 – O ORDENAMENTO JURÍDICO VISTO COMO UMA ARQUITETURA DE ESCOLHAS

*Law is a behavioral system. It seeks to shape human behavior to regulate, to incentivize, to nudge people to behave in some ways and not to behave in others.*¹⁵⁹

No primeiro capítulo se demonstrou que o conceito de homem racional não se mostra preciso para se explicar boa parte das decisões tomadas em sociedade. Na sequência, foram apresentados os conceitos de racionalidade limitada, Sistema Automático e Reflexivo, heurísticas, vieses, arquitetura de escolhas e *nudge*. Igualmente, restou apresentado o filtro de legitimidade proposto por Cass Sunstein e Lucia A. Reisch¹⁶⁰ e se demonstrou sua compatibilidade com o direito civil-constitucional.

Neste capítulo, o escopo será aprofundar os conceitos já delineados e demonstrar sua aplicação no Brasil. Ainda que atualmente não se mostre aceitável o conceito de *summa divisio* pelo qual o direito privado poderia ser hermeticamente fechado às incursões de direito público^{161 162}, a abordagem privilegiará institutos tradicionalmente compreendidos como de direito privado. A opção se apresenta como uma escolha acadêmica visto que a maior parte da literatura jurídica sobre arquitetura de escolhas privilegia o campo das políticas públicas e o direito tradicionalmente entendido como público.

Consigna-se desde já que a pretensão deste capítulo, evidentemente, não é dissecar os institutos jurídicos apontados, mas examiná-los sob o prisma dos recentes estudos sobre tomada de decisão e, se possível, otimizá-los com sugestões para a arquitetura de escolhas. Os vieses atrelados às opções legislativas serão especificamente tratados dando atenção à arquitetura proposta.

O legislador, por excelência, é um arquiteto de escolhas direcionando o comportamento das pessoas. Muitas vezes o legislador se utiliza de imposições

¹⁵⁹ ULEN, Thomas. The importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. New York: Oxford University Press, 2014, p. 93.

¹⁶⁰ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019.

¹⁶¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina, A caminho de um direito civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 9.

¹⁶² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 52-53.

legais como nas normas de natureza penal. Contudo, em diversas outras oportunidades o legislador pode adotar uma postura paternalista libertária direcionando a escolha para a direção que entende benéfica sem cercear ou punir a adoção de outras opções.

Para Luiz Fux:

[u]ma política regulatória será classificada como *nudge* caso (i) sua intervenção não restrinja o número de escolhas possíveis a se fazer, mas somente altere a arquitetura e a disposição dessas escolhas ou o ambiente em que são feitas; (ii) a intervenção seja transparente e pensada em prol do interesse da pessoa ou em prol de determinado interesse socialmente desejável; (iii) algum aspecto da limitação da racionalidade humana, como os vieses cognitivos, seja utilizado estrategicamente a fim de se chegar a objetivos sociais ou pessoais.¹⁶³

A definição antes transcrita, originalmente posta num artigo doutrinário, já ultrapassou as fronteiras da academia para servir de suporte para o julgamento do RE 1070522/PE que fixou a tese de repercussão geral nº 1013 abordada no capítulo anterior.¹⁶⁴

Mas não somente quando os conceitos de arquitetura de escolhas e *nudge* são abordados expressamente que se está diante da intervenção paternalista libertária. O que se pretende nas próximas linhas é demonstrar como as noções de racionalidade limitada, arquitetura de escolhas e *nudge* já se fazem presentes em diversos institutos e formulações jurídicas ainda que quando de sua formulação não se vislumbra o rigor científico proporcionado pela ciência cognitiva atual.¹⁶⁵

¹⁶³ FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Regulação e “*nudge*”: como a Economia Comportamental (Behavioral Economics) pode influenciar políticas regulatórias? In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁶⁴ RE 1070522, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgamento: 18/03/2021, Publicação: 26/05/2021

¹⁶⁵ “The law has always recognized the limits of cognition in a tacit manner. For example, mandatory social security rests on the tacit assumption that individuals will not appropriately allocate their income between present and future consumption. Similarly, many safety rules, such as those that prohibit the marketing of pharmaceuticals not yet proven effective, rest on the tacit assumption that consumers are incapable of adequately understanding certain kinds of information. It is only within the very recent past, however, that the empirical evidence concerning the limits of cognition and the theoretical framework for that evidence have established a formal scientific foundation for these assumptions.” (Eisenberg, Melvin Aron, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, Stanford Law Review, Vol. 47, No. 2 (Jan., 1995), p. 211-259)

3.1 Doação de órgãos e arquitetura de escolhas

*De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe há doado, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas dele se apossa, de um médico ou de um magistrado que estabelecem o seu destino?*¹⁶⁶

Por questões médicas, os órgãos aptos ao transplante *post mortem* devem ser extraídos de pessoas com órgãos funcionais e saudáveis que tiveram a morte encefálica declarada. Tal situação geralmente ocorre após algum trauma ou acidente. Aqui nasce um complicador, como o óbito é abrupto, na maior parte dos casos os possíveis doadores não manifestaram expressamente sua vontade de doar de forma documentada ou sequer discutiram a questão com a família.

As questões que se impõem são: (i) Quem deve manifestar a aquiescência com a doação de órgãos? É possível se utilizar da presunção para fomentar a doação de órgãos *post mortem*? É conveniente se utilizar de tal presunção?

O ordenamento jurídico inaugura a regulação sobre transplantes com a Lei nº 4.280/63, contudo, somente com a vigência da Lei nº 5.479/68 que se destacou a necessidade de anuência expressa previa do falecido ou de sua família.¹⁶⁷ Em síntese, a norma antes apontada exigia a autorização do disponente ou de sua família, bastava uma das duas autorizações para que a doação se mostrasse permitida.

A arquitetura de escolhas tradicional para o incentivo à doação de órgãos é o estabelecimento de uma regra-padrão a favor da doação. Ou seja, presume-se que

¹⁶⁶ RODOTÀ, Stefano. La vita e le regole: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006, apud Maria Celina Bodin de Moraes, Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.

¹⁶⁷ L. 5.479/68, art. 3º: “A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições: I - Por manifestação expressa da vontade do disponente; II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos; III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos; IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores”. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível

em:<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadenedisposicaoodeorgaosparade poisdamorte.pdf> Acesso em: 30.07.2021.)

todos são doadores e caso o tomador de decisão entenda por não doar basta afirmar sua oposição quando do comparecimento ao órgão de identificação civil. A arquitetura incentiva a doação e preserva a autonomia do tomador de decisão que pode se opor à doação de forma simples e sem qualquer desembolso financeiro.

A comparação de países com o consentimento presumido com os demais demonstra o poder da posição inercial. Basta dizer que Dinamarca, Inglaterra e Alemanha não adotam o consentimento presumido e possuem o percentual de doadores de 4%, 17% e 12% respectivamente. Em contraste, países que adotam o consentimento presumido como Áustria, Bélgica, França, Hungria e Portugal, o percentual de doadores é de quase 100% da população.¹⁶⁸

Neste contexto, a celeuma nacional se apresentou com a entrada em vigor da Lei nº 9.434/1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante. Confira-se a redação original do art. 4º: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.”

A norma antes transcrita, inspirada por diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, adotou o regime da presunção de doação frente a ausência de manifestação do falecido. Ainda regulava a matéria o art. 14 do Decreto nº 2.268/97 que impunha a presunção à família do doador presumido. Neste cenário legislativo o Brasil passou a contar com o regime da presunção de doador *post mortem*, num sistema de *opt-out*, sendo tal presunção legislativa imposta à família do falecido que não poderia se opor à doação.

Como já explorado, as pessoas tendem, em razão do comportamento inercial, a não alterar a regra-padrão. A presunção de autorização de doação exige uma atitude comissiva da pessoa para afastá-la ainda que a liberdade fosse preservada sem custo financeiro nos termos do § 1º do art. 14 do Decreto nº 2.268/97. Em síntese, a redação original da Lei nº 9.434/1997 e Decreto nº 2.268/97 representavam um *nudge* voltado ao incremento do número de doadores.

Não obstante, a inovação de 1997 veio acompanhada de severas críticas. Maria Helena Diniz apresentou dezenas de objeções de natureza constitucional e

¹⁶⁸ Johnson, Eric J. and Goldstein, Daniel G., Do Defaults Save Lives? (Nov 21, 2003). Science, Vol. 302, p. 1338-1339, 2003, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1324774>

infraconstitucional dentre as quais destacamos: a violação o direito individual da pessoa a sua integridade física (art. 1º, III, CF); a estatização do corpo e violação ao direito da personalidade (art. 5º, CF); a intromissão inconveniente do Estado na vida privada (art. 5º, X, CF); não ser possível extrair a vontade do simples do silêncio; a doação presumida não seria uma doação; a falta de informação; o inconveniente de forçar aquele que não quer doar a procurar uma repartição pública para manifestar sua vontade de não doar; por fim, entendia que os dispositivos eram avançados demais para a sociedade brasileira.¹⁶⁹

A baixa receptividade da norma pela sociedade forçou a alteração do referido dispositivo e, em curto espaço de tempo, foi editada a Medida Provisória nº 1.718/1998 alterando o art. 4º da Lei nº 9.434/1997 que passou a afirmar que na ausência de manifestação expressa de vontade do doador, os familiares poderiam impedir a realização do transplante.¹⁷⁰

Se o caminho apontado pela redação original do art. 4º da Lei nº 9.434/1997 poderia ser considerado muito inovador para época ao prever o mecanismo de presunção e *opt-out*, a Lei nº 10.211/2001 representara um retrocesso injustificável exigindo o consentimento expresso dos familiares ainda quando presente o consentimento expresso prévio do doador. Confira-se a nova redação do art. 4º conferida pela Lei nº 10.211/2001:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

Sobre a alteração de rumo Teixeira e Konder refletem:

[...] na ponderação entre liberdade e solidariedade, prioriza a liberdade, mas, curiosamente, não a liberdade do possível doador

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena, O estado atual do biodireito / Maria Helena Diniz. - 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁷⁰ A Medida Provisória nº 1.718/1998 incluiu um novo parágrafo no art. 4º: “§ 6º Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção”.

e sim a liberdade da família. De fato, entre as duas, a liberdade do possível doador é absolutamente desprezada diante do desejo da família: ainda que o falecido tenha, em um gesto de solidariedade, exprimido o desejo de doar seus órgãos, esta manifestação será desconsiderada se a família não concordar expressamente com o transplante.¹⁷¹

Com efeito, a família funcionalizada tem como escopo a promoção de cada um de seus membros de forma que não se mostra razoável se sobrepor o eventual interesse de preservação do corpo sem vida afirmado pela família à manifestação de livre determinação do possível doador em vida.

Entendemos que a nova versão da norma poderia ser declarada inconstitucional frente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF/88).¹⁷² Quanto ao primeiro, a norma solucionou um conflito entre a vontade solidária do doador em vida e a vontade de sua família em favor da última, ignorando o princípio constitucional da solidariedade concretizado pela vontade do disponente. Quanto ao segundo, a norma retira do disponente a capacidade de decidir o destino de seu próprio corpo privando que o mesmo possa voluntariamente realizar um ato de solidariedade. Ao ignorar a vontade do disponente a norma acaba por violar a sua dignidade e direito à autodeterminação existencial.

Mas não só. Com o início da vigência do CC/2002 restou deflagrada a antinomia infraconstitucional. Dispõe o art. 14 do CC/02 que “[é] válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” Segundo o critério da especialidade a norma contida no art. 4º com a redação dada pela Lei nº 10.211/2001 deve prevalecer.

¹⁷¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadenedisposicaodeorgaosparadepoisdamorte.pdf> Acesso em: 30.07.2021

¹⁷² Como ponderam Teixeira e Konder, “diante da possibilidade de a própria pessoa se autodeterminar e de haver uma heterodeterminação – mesmo que por membros da família, os quais, presumidamente, são caros à pessoa – em questões existenciais, as diretrizes constitucionais são sempre no sentido de preservar a vontade da pessoa, desde que exteriorizada através de uma decisão autônoma e responsável, mesmo que ela venha a produzir efeitos após a sua morte.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadenedisposicaodeorgaosparadepoisdamorte.pdf> Acesso em: 30.07.2021)

Considerado o critério cronológico, a solução seria favorável para a norma contida no art. 14 do CC/02. Diante da evidente antinomia, o melhor caminho nos é dado pela Constituição. Confira-se a lição de exposta na obra de Caio Mário atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes:

Aqui, no entanto, parece preferível a interpretação que favorece o art. 14 do Código Civil em virtude de sua adequação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual atribui à pessoa, em lugar de a seus parentes, o direito de dispor sobre o destino de seu próprio corpo.¹⁷³

Importa destacar que o Projeto de Lei nº 137/2020¹⁷⁴ pretende solucionar a antinomia adequando a norma contida no art. 4º da Lei nº 10.211/2001 à autonomia existencial do doador em decidir o destino de seu corpo após a morte prevista no art.14 do CC/02.¹⁷⁵ Com a nova redação sugerida pelo Projeto de Lei nº 137/2020 o art. 4º da Lei nº 10.211/2001 passará a respeitar a liberdade exercida pelo doador em vida, sobrepondo sua vontade à de seus familiares.

Cumpra agora, deixar registrado nosso entendimento a favor da utilização de *nudges* para o incremento do número de doadores de órgãos. Uma solução intermediária a ser pensada é o modelo de escolha ativa no qual quem deseja renovar o documento de identificação civil ou votar é convidado a optar por ser doador ou não.^{176 177}

Na escolha ativa não há presunção para nenhum dos lados, mas há um convite à manifestação e estudos apontam que o modelo de escolha ativa já oferece

¹⁷³ Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 218.

¹⁷⁴ No mesmo sentido o PL 3643/2019.

¹⁷⁵ Projeto de Lei nº 137/2020, nova redação do art. 4º da Lei nº 10.211/2001: Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplantes ou outra finalidade terapêutica, não dependerá de autorização de quaisquer pessoas da família quando o falecido houver determinado de forma escrita, ou tiver averbado em qualquer de seus documentos, autorização expressa para a doação.

¹⁷⁶ “In the context of organ donation, by contrast, many people prefer an opt-in design. In that context, of course, there is a strong argument for active choosing, on the ground that as compared to opt-in, it would save lives, and could also avoid some of the moral objections that might be mounted against opt-out. But as the experience in several states suggests, some people object to active choosing, and favor opt-in, on the ground that they do not want to be forced to make the choice. In view of the life-saving potential of active choosing, that objection may not be convincing, but it is at least intelligible.” (SUNSTEIN, Cass R.; Active Choosing or Default Rules? The Policymaker’s Dilemma (May 15, 2014), <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:12186290>)

¹⁷⁷ O contexto da escolha pode ser variado. Uma possibilidade é a escolha quando da votação por meio da urna eletrônica.

perceptivo aumento do número de doadores.^{178 179} A adoção da escolha ativa pelo legislador deve ser complementada pela impossibilidade de oposição da família do doador voluntário como previsto no Projeto de Lei nº 137/2020.

Abrem-se parênteses para diferenciar a escolha ativa da escolha obrigatória. No primeiro modelo o tomador de decisão é convidado a optar pela doação podendo adiar a escolha caso queira, ele tem o direito de não decidir. No modelo de escolha obrigatória, como o próprio nome afirma, o tomador de decisão é obrigado a decidir não lhe sendo facultado adiar tal decisão. Como se percebe, a escolha tomada no modelo ativo apresenta maior grau de deliberação, vez que aquele que não se sentiu apto a decidir tem a possibilidade de adiar sua decisão.

No caso da doação de órgãos, a opção pelo *nudge* da escolha ativa se dá em razão de dois principais fatores. Como no modelo há a opção de não decidir, a escolha realizada carrega maior peso de legitimidade e pode confortar a família do doador que, provavelmente, oferecerá menor resistência emocional à doação. Outra vantagem do modelo de escolha ativa se dá pela possibilidade de se abordar a família do doador que não se decidiu. Ou seja, a “ausência de decisão” não elimina a possibilidade de se abordar a família do doador.

O modelo de escolha ativa pode ser combinado com um *nudge* informacional e outro de *framing*.

Quanto ao *nudge* informacional, mensagens simples direcionadas ao tomador de decisão no momento de escolha são bem-vindos. Duas mensagens devem ser passadas: (i) somente há a doação após a confirmação do óbito por duas equipes médicas e (ii) a doação pode salvar até 9 (nove) vidas.^{180 181}

¹⁷⁸ “If inertia and procrastination are playing a significant role, then active choosing may be better than opt-in, in which people end up with outcomes that they would not prefer if they were to make a choice. In such circumstances, active choosing increases the likelihood that people will end up with their preferred outcomes.” (Cass Sunstein, *Nudge.gov*, In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 465-490). Oxford University Press, p. 738.)

¹⁷⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: The Final Edition*. Nova York: Penguin Books, 2021a, p. 265.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://www.soudoador.org/2017/03/31/quantas-vida-um-doador-pode-salvar-por-patricia-fonseca-e-natany-ferreira/>. Acessado em 01/10/2022.

¹⁸¹ A informação (i) carrega uma carga negativa que poucos gostam de se deparar, a própria morte. Desta forma, ainda que a mensagem deva ser transmitida, talvez o momento da escolha não seja o mais apropriado para passar a informação. A questão deve ser testada. Assim, se sugere a realização de testes em três grupos, o primeiro somente receberá a informação (i), o segundo receberá somente a informação (ii) e um terceiro receberá ambas as informações. Comparados os resultados, a arquitetura poderá ser implementada de forma mais eficiente.

Um exemplo de *framing* seria o formulário eletrônico de escolha. No formulário pode ser exposta a foto e nome de alguém que efetivamente esteja na fila para doação (que deve concordar com a exposição). Quanto a redação da escolha a mesma pode dar-se da seguinte forma: “1) Eu desejo salvar a vida de fulano (nome da pessoa da foto que aguarda o transplante) e de outras seis pessoas como doador de órgãos e 2) Eu não desejo salvar a vida de fulano (nome da pessoa da foto que aguarda o transplante) e de outras oito pessoas e não desejo ser doador de órgãos.”

Veja-se que a decisão pode ser influenciada por 3 (três) *nudges* diferentes (escolha ativa, melhora da qualidade da informação e enquadramento) formatando a arquitetura de escolhas do possível doador.

3.1.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas

Destaca-se ainda que todos *nudges* propostos passam pelo filtro de legitimidade proposto por Cass Sunstein. É fácil verificar que os valores constitucionais promovidos pela arquitetura de escolhas sugerida são a vida digna e a solidariedade de forma a ultrapassar o primeiro filtro, a legitimidade do fim. Os direitos individuais do doador são igualmente preservados vez que a escolha ativa respeita a autonomia existencial quanto ao direito de escolha do destino do corpo após a morte. Ademais, não há que se falar em manipulação por se provocar o Sistema Reflexivo no momento da escolha. Igualmente, o modelo de escolha ativa torna a decisão expressa. E, por fim, o *nudge* informacional, por apenas melhorar a qualidade da decisão, não apresenta qualquer controvérsia.

Sublinha-se, ainda, que o enquadramento proposto para a escolha ativa - “1) Eu desejo salvar a vida de fulano e de outras oito pessoas como doador de órgãos e 2) Eu não desejo salvar a vida de fulano e de outras oito pessoas e não desejo ser doador de órgãos” -, ainda que tangencie o Sistema Automático, apelando para emoção e solidariedade, não parece ser capaz de afastar a escolha reflexiva de forma a ser considerado manipulativo.

Dentre os filtros apresentados por Cass Sunstein e Lucia A. Reisch, o único que poderia atrair alguma controvérsia é o que afirma que os *nudges* devem ser consistentes com os valores e interesses das pessoas. A objeção poderia se dar ao

afirmar que a arquitetura de escolhas proposta não beneficiaria o tomador de escolha diretamente.

Por promover dois dos mais relevantes valores constitucionais, dignidade e solidariedade, poder-se-ia inferir que a arquitetura proposta é consistente com os valores e interesses das pessoas. Não obstante o apelo do argumento, a resposta parece ser, por demais, genérica. Tal caminho justificaria a adoção de diversas medidas não alinhadas com o interesse específico do tomador de decisão.

A questão merece ser melhor elaborada. Em resposta a objeção levantada, salienta-se que a doação não parece oferecer grande resistência por parte dos tomadores de decisão visto que a experiência internacional aponta pela manutenção da posição inercial quando adotado o modelo de escolha facultativa.¹⁸² Não constatada a rejeição de uma ou outra posição, mas sim a forte inclinação à manutenção da posição inercial, pode-se inferir que a doação não sacrifica valores da maioria das pessoas. Igualmente, pode-se afirmar que o incentivo à doação pela arquitetura proposta tem potencial para aumentar o número de doadores e órgãos disponíveis para transplante. Tal fato é de interesse de todos visto que traz esperança de cura para os membros da sociedade e pode vir a beneficiar o próprio tomador de decisão caso o mesmo precise de um transplante. Neste sentido, o incremento geral da doação de órgãos é de interesse do tomador de decisão.

Sunstein e Thaler se manifestam a favor da adoção da escolha ativa¹⁸³, contudo afirmam que o caso seria melhor classificado como benevolência libertária por estar mais vinculada ao bem-estar de terceiro.¹⁸⁴ Não obstante a ponderação, nos parece que a identificação do donatário como terceiro isolado não seria o melhor entendimento. As chances de uma pessoa precisar de um órgão confrontadas

¹⁸² Johnson, Eric J. and Goldstein, Daniel G., Do Defaults Save Lives? (Nov 21, 2003). Science, Vol. 302, p. 1338-1339, 2003, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1324774>

¹⁸³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: The Final Edition. Nova York: Penguin Books, 2021a, p. 265.

¹⁸⁴ “As regras padronizadas para a doação de órgãos não se encaixam na definição usual de paternalismo. A questão se relaciona com o bem-estar de terceiros, e não do optante. Aqui nós estamos falando, não de paternalismo libertário, mas de benevolência libertária: uma abordagem que tenta promover a benevolência e ajudar as pessoas vulneráveis, sem qualquer forma de comportamento obrigatório.” 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, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>. Data de acesso.)

com as chances de efetivamente se tornar um doador são de 3 para 1.¹⁸⁵ Ou seja, a relação proporcional das chances de participar da doação como doador ou receptor são bastante próximas a apontar pela necessidade de criação de uma rede de segurança coletiva em interesse do próprio potencial doador caso precise.

Em síntese, as técnicas de arquitetura de escolhas devem ser utilizadas para aumentar o número de doadores de órgãos e, por consequência, salvar vidas.

3.2 Impenhorabilidade e arquitetura de escolhas

Na construção civil-constitucional as regras devem ser ligadas a um ou mais princípios¹⁸⁶, nesta toada, as regras de impenhorabilidade realizam o princípio da dignidade da pessoa humana em situações concretas nas quais a tutela patrimonial do crédito poderia atingir bens materiais mínimos promotores da dignidade da pessoa protegida.

A moradia é um direito social constitucionalmente tutelado como indutor da dignidade da pessoa humana e teve especial atenção do legislador infraconstitucional como vetor de valores existenciais.¹⁸⁷ Sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que:

Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários. Emblemática aplicação desta inversão dos valores no ordenamento, a lei sobre o bem de família (Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990) estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, não respondendo, salvo exceções expressamente previstas, por “qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída

¹⁸⁵ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: The Final Edition*. Nova York: Penguin Books, 2021a, p. 255.

¹⁸⁶ “Por outro lado, cada regra pode, e deve, ser referida a um ou mais princípios, constituindo-se, dada a unidade do ordenamento jurídico, num modo de realização de algum princípio. O princípio conecta normalmente uma série de regras e, unificando-as na referência comum ao valor nele contido, a elas atribui sentido e direção.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. *Civilistica.com*: Revista Eletrônica de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 2., n. 1, 2013.)

¹⁸⁷ CF: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam”. (art. 1º).¹⁸⁸

Analisando as duas principais formas de proteção ao direito de moradia podemos verificar como a arquitetura de escolhas pode se beneficiar da inércia e regra-padrão para alcançar seu fim.

Tanto o Código Civil de 1916 quanto o de 2002 contêm a previsão de proteção do bem de família nos artigos 70 e 1.711 respectivamente.¹⁸⁹ Ambas as previsões demandam comportamentos voluntários, comissivos e com considerável grau de esforço por parte daquele que busca a proteção. Inicialmente, para que a proteção seja usufruída se faz necessário que a pessoa objeto da proteção tenha informação quanto à possibilidade de constituição do bem de família no momento anterior à constituição do crédito que lhe é oponível. Desconsiderando aqui a rara disponibilidade financeira para que se alcance a sobra de dois terços de patrimônio líquido exigida pelo art. 1.711 CC/02, uma segunda dificuldade que se apresenta é exatamente a prova desta sobra de patrimônio líquido. Por fim, há de ser levado em consideração o custo para instituição do bem de família e a burocracia envolvida para tanto, vez que, necessariamente, se fará indispensável a intervenção cartorária. Ou seja, a instituição do bem de família do codificada é conhecida por poucos, demanda ato comissivo anterior à constituição do crédito, além de ser custosa e burocrática.

Ainda que o tomador de decisão tenha conhecimento da possibilidade de instituição do bem de família, disponha folga financeira para a segregação do patrimônio conforme previsto no art. 1.711 CC/02 e conseguisse ultrapassar a dificuldade burocrática para sua instituição, dois vieses cognitivos representam um entrave ao instituto, o excesso de otimismo e a dificuldade de se romper a inércia.

Neste sentido, de forma geral, ainda que a situação financeira do tomador de decisão se mostre periclitante, o mesmo tende a acreditar que possa ultrapassar

¹⁸⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina, A caminho de um direito civil-constitucional. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 15.

¹⁸⁹ CC/16 Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

CC/2002 Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

a dificuldade com maior facilidade do que a realidade impõe. Por esta razão, aquele que acredita na probabilidade de pagar o débito acaba por não ter interesse na proteção do bem de família proporcionada pela norma contida no art. 1.711 CC/02.

Oren Bar-Gill pontua que o viés de excesso de otimismo desempenha um papel importante no endividamento das pessoas. Segundo o autor, as pessoas tendem a superestimar a probabilidade de pagarem uma dívida ao mesmo tempo em que subestimam a probabilidade de infortúnios como doenças e acidentes de carro que os forçarão a tomar ainda mais dívida.¹⁹⁰

O segundo viés a dirigir o comportamento do tomador de decisão neste caso é a tendência ao comportamento inercial aqui entendida como procrastinação.¹⁹¹ Como se sabe, as pessoas procrastinam. Dietas se iniciam sempre na próxima segunda, novos hábitos aguardam a virada do ano, prazos são esticados até o último dia, enfim, a procrastinação é da natureza humana.

Ademais, pela dinâmica da norma contida no art. 1.711 CC/02, a atitude de proteção do patrimônio deve ser realizada antes da insolvência. Como o indivíduo não acredita que chegará ao estado de insolvência em razão do excesso de otimismo, ainda que conheça, adia a atitude de procurar a proteção prevista no art. 1.711 CC/02 até o momento em que não é mais possível buscá-la.

Contrastando com o instituto previsto no art. 1.711 CC/02 temos a proteção conferida pela Lei nº 8.009 de 1990. Aqui o legislador, como arquiteto de escolhas, tomou em consideração o comportamento inercial das pessoas e adotou como regra-

¹⁹⁰ “Optimistic consumers tend to underestimate the probability of triggering contingent, future costs. They underestimate the likelihood that the contingency will materialize. For example, an optimistic cardholder might underestimate the probability of making a late payment, leading her to underestimate the importance of the late fee. Similarly, when mortgage contracts set low introductory interest rates coupled with high long-term rates, overoptimism may cause the consumer to underestimate the importance of the high long-term interest rates. The optimist might overestimate the probability of exiting the mortgage contract before the high rates kick in, by selling the house or refinancing the mortgage, because she underestimates the probability that falling real estate prices will make it difficult to sell or refinance.” (Oren Bar-Gill, *Consumer Transactions*. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 465-490). Oxford University Press, p. 474)

¹⁹¹ “According to standard economic theory, people will consider both the short term and the long term. They will take account of relevant uncertainties; the future may be unpredictable, and significant changes may occur over time. They will appropriately discount the future. In practice, however, some people procrastinate or neglect to take steps that impose small short-term costs but that would produce large long-term gains. They may, for example, delay enrolling in a retirement plan, starting to exercise, ceasing to smoke, or using some valuable, cost-saving technology.” (Cass Sunstein, *Nudge.gov*. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 465-490). Oxford University Press, p. 721.)

padrão a proteção, que pode eventualmente ser objeto de renúncia quando da execução do crédito.

As diferenças são relevantes. Primeiramente, a Lei nº 8.009 de 1990 não exige o conhecimento prévio da existência da proteção que pode ser alegada até a efetiva alienação judicial do bem protegido.¹⁹² Fora isso, a proteção aqui pensada não exige nenhuma atitude comissiva pré-processual do devedor. Da mesma forma, não há que se falar em custos financeiros, burocracia ou especial expertise para que o objetivo da norma seja alcançado.¹⁹³

A diferença entre os institutos é ressaltada pelo Min. Luiz Felipe Salomão, para quem a “[c]aracterística marcante do bem de família legal consiste na dispensabilidade da realização de ato jurídico institucional para que se aperfeiçoe a proteção, bastando, para tanto, que o imóvel se destine à residência familiar”.¹⁹⁴ A questão é sintetizada por Carlos Roberto Gonçalves que ao abordar o bem de família da Lei nº 8.009 de 1990 conclui que “o instituidor é o próprio Estado, que a impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar”.¹⁹⁵

Por dados empíricos a proteção conferida pela Lei nº 8.009 de 1990 (Lei do Bem de Família) se mostra muito mais efetiva por se tratar de regra-padrão e sem custos.

Para testar a hipótese se realizou breve pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. No dia 9.05.22 se realizou pesquisa de jurisprudência nas Câmeras Cíveis do referido tribunal com o termo de pesquisa “bem de família” e com limitação temporal entre o ano de 2015 e 2022. Foram encontrados 9960 (nove mil novecentos e sessenta) acórdãos indexados com os termos buscados. As ações cuja a natureza do crédito afastava a proteção do bem de família (ex: créditos de natureza *propter rem*) foram excluídas até que se alcançasse o número de 100 (cem) acórdãos para análise (no total foram analisadas 260 ementas).

¹⁹² AgInt nos EDcl no REsp 1536888/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/2019, DJe 21/11/2019

¹⁹³ Desconsideram-se os custos de defesa jurídica vez que a Defensoria Atuará na defesa dos hipossuficientes. Art. 134 CF: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

¹⁹⁴ REsp 1792265/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 14/03/2022.

¹⁹⁵ Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

O resultado confirmou a hipótese construída sobre a prevalência quantitativa da proteção à moradia conferida pela Lei nº 8.009 de 1990 sobre a prevista nos arts. 1.711 e ss. do CC/02. A confirmação, contudo, se mostrou ainda mais expressiva do que se esperava. A busca pela proteção prevista na Lei nº 8.009 de 1990 esteve presente em todos os cem acórdãos analisados enquanto a proteção conferida pelos arts. 1.711 e ss. do CC/02 não restou abordada em nenhum.

Semelhante pesquisa restou empreendida no STJ. Pela facilidade do mecanismo de busca a mesma se limitou a indexação do art. 1711 do CC/02 nos últimos cinco anos (entre 12/05/2017 e 12/05/2022). A pesquisa retornou uma única resposta, sendo certo que a questão restou dirimida pela proteção dada pelo regime da Lei nº 8.009 de 1990.¹⁹⁶ Em contrapartida, busca utilizando como parâmetro a “Lei do Bem de Família” no mesmo período teve como resposta 1.379 (mil trezentos e setenta e nove) acórdãos, incluindo o único acórdão que abordou a proteção prevista no art. 1.711 do CC/02.

Como visto, a proteção da moradia pode ter origem na norma-padrão contida na Lei 8009/90¹⁹⁷ ou no comportamento comissivo daquele que busca a proteção na norma contida no artigo 1.711 do CC/02. Igualmente, verifica-se que a proteção originada da norma-padrão acabar por ser utilizada em número de casos expressivamente maior em razão do comportamento inercial das partes.

Mas não somente o comportamento inercial justifica a existência de normas-padrão de proteção. Muitas vezes, ainda que rompido o comportamento inercial na busca pela proteção da moradia, a limitação cognitiva ou excesso de confiança acaba por afastar a proteção almejada pelo tomador de decisão.

É um triste fato notório a derrocada de Eike Fuhrken Batista. A queda do empresário, que já foi considerado o mais rico do país, e a falência de seu grupo empresarial atingiu uma infinidade de parceiros comerciais que iniciaram a busca por bens para executar. Neste contexto, um dos credores do empresário, detentor de um crédito de mais de 18 milhões de Reais, identificou o inventário do genitor do devedor, o igualmente notório Eliezer Batista, e buscou a penhora no rosto dos autos

¹⁹⁶ REsp 1792265/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 14/03/2022.

¹⁹⁷ Lei 8.009/90: Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

quanto à parcela destinada ao herdeiro.¹⁹⁸ Em defesa, os herdeiros apresentaram o testamento com a previsão de impenhorabilidade de todos os bens assim justificada: “[...] justifico pretender que os bens e frutos a eles atribuídos deverão permanecer com a minha exclusiva família sem a participação de terceiros estranhos a mesma.”¹⁹⁹

Sob a ótica civil-constitucional, a justa causa positivada no art. 1.848 CC/02²⁰⁰ funciona como filtro de controle de legitimidade da inserção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade nos bens integrantes da legítima. Para que tal controle possa ser exercido a justa causa também não pode ser genérica.^{201 202} A motivação deve ser expressa e concreta quanto a pessoa do herdeiro e a específica quanto a razão de sua proteção, sendo certo que a análise deve ser limitada à motivação exposta.^{203 204}

Proposta ação de declaração de nulidade de disposição testamentária para afastar a cláusula de impenhorabilidade, a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão unânime, confirmou a sentença

¹⁹⁸ Processo: nº 0055676-61.2019.8.19.0001

¹⁹⁹ Processo: nº 0055676-61.2019.8.19.0001

²⁰⁰ CC/02: Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

²⁰¹ “Verifica-se na jurisprudência decisões que afastam a inalienabilidade quando presentes causas consideradas genéricas, meramente subjetivas, que não se refiram a singularidades do herdeiro ou fatos em concreto que justifiquem o gravame, como aquelas que se referem genericamente à “proteção do herdeiro” ou “à garantia quanto a incertezas futuras e má administração”, “para evitar que o patrimônio seja dilapidado”, sem uma definição específica da motivação.” (TEPEDINO, Gustavo Fundamentos do direito civil: direito das sucessões / Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares, Rose Melo Vencelau Meireles; [coordenação Gustavo Tepedino]. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 249.)

²⁰² “Justa causa, no direito sucessório brasileiro, é o motivo lícito, sério e concreto apontado pessoalmente pelo autor da liberalidade no instrumento de doação ou no testamento que, se persistentes ao tempo da abertura da sucessão, justificam a inalienabilidade, a impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas sobre a legítima do herdeiro necessário, a bem de seus próprios interesses.” (OTERO, Marcelo Truzzi. Justa causa testamentária. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, edição digital Kindle, 94%.)

²⁰³ Destacamos a lição de Paulo Lobo para quem há “a necessidade de interpretação exigente e restrita da justa causa, imposta pela lei atual.” (LÔBO, Paulo, Direito civil: volume 6: sucessões. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 195.)

²⁰⁴ “Não tendo sido o testador expressamente claro quanto ao desejo de incomunicabilidade ou de impenhorabilidade da legítima; não justificadas, especificamente, cada uma das restrições à legítima, não é permitido ao analista dar interpretação extensiva à disposição testamentária ou mesmo buscar no íntimo do testamento os fundamentos para ampliar o alcance de disposição testamentária, notadamente quando está em discussão normas restritivas de direitos, como é o caso do artigo 1.848 do Código Civil.” (OTERO, Marcelo Truzzi. Justa causa testamentária. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, edição digital Kindle, 47%.)

de primeiro grau e afirmou que a justa causa declarada era vaga e insuficiente para sustentar o gravame.²⁰⁵ A decisão se mostrou técnica e irretocável. Afinal, antes de se perquirir o plano da realidade, que no caso constataria a falência do herdeiro como justo motivo para a clausulação de seu quinhão, deve-se analisar a justa causa declarada.

No caso, o motivo externado no testamento se mostrou genérico e insuficiente a sustentar o gravame. Em síntese, a redação da justa causa não se lastreava na preocupação com a proteção da pessoa do herdeiro em razão de seus diversos credores, mas no desejo pessoal do testador em não ver o seu patrimônio compartilhado com estranhos à sua família.

Eliezer Batista foi um executivo de prestígio e, segundo informações colhidas nos autos do inventário²⁰⁶, amealhou vasto patrimônio em vida, fatos que levam a crer que o mesmo teria conhecimento e recursos financeiros para contratar os melhores advogados para aconselhá-lo na redação do testamento. O instrumento era de vital importância para a inclusão da proteção de impenhorabilidade do monte, especialmente porque quando da disposição de última vontade de Eliezer, seu filho, Eike, já era alvo de inúmeros credores.²⁰⁷

No entanto, a proteção pela instituição voluntária da impenhorabilidade foi afastada por não ter o testador apontado corretamente a justa causa. Bastaria ao autor da herança afirmar expressamente a razão concreta pela qual buscava a proteção (falência do herdeiro Eike) para que a mesma pudesse ultrapassar este primeiro requisito de existência de justa causa. Com efeito, seja por desconhecimento, limitação cognitiva ou excesso de confiança do profissional que assistiu o autor da herança, o testamento foi falho para o fim que se propunha trazendo um enorme prejuízo para o herdeiro.

Um *nudge* informacional poderia ter sido dado pelo tabelião responsável pela lavratura do testamento informando que a justa causa declarada deveria ser concreta, mas deixando o testador manifestar sua vontade como desejasse. Aqui, uma norma corregedoria dos tribunais estaduais requerendo a declaração do motivo vinculado ao herdeiro evitaria a nulidade da clausulação nos testamentos públicos.

²⁰⁵ Processo nº 055676-61.2019.8.19.0001, Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Relator Marcos André Chut, j. 26/11/2020.

²⁰⁶ Processo: n ° 0167191-38.2018.8.19.0001

²⁰⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/Eike_Batista#Financial_losses

A sugestão é de relevo visto que grande parte dos testadores não são assistidos por advogados. Por evidente, os testadores poderiam afirmar que o testamento é lavrado sob minuta afastando a determinação e preservando a liberdade do testador, mas o correto direcionamento teria sido dado.

3.2.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas

Cumpra agora analisar a arquitetura de escolha para a instituição de impenhorabilidades frente ao filtro de legitimidade apresentado por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch.²⁰⁸

Como já exposto, a moradia é um direito básico constitucionalmente protegido e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Neste vértice, a arquitetura de escolhas que dê guarita ao direito à moradia promove um fim legítimo.²⁰⁹

Não se alongará na discussão quanto a legitimidade da proteção ao bem de família suntuoso vez que a questão não atinge a legitimidade do *nudge* protetivo em si, afetando, no máximo, a extensão da proteção propiciada pela arquitetura de escolhas.²¹⁰ Dito de outra forma, mesmo que se considere a possibilidade de penhora do bem de família suntuoso, parte do produto da alienação deverá ser reservada para a aquisição de moradia digna, assim, o que se discute não é a legitimidade da proteção propiciada pelo *nudge*, apenas sua abrangência.

Se a resposta parece relativamente fácil quando se fala da impenhorabilidade do bem de família, a impenhorabilidade clausulada por testamento enfrenta maiores obstáculos quanto a promoção de um fim legítimo.

Em brevíssimas linhas, a cláusula de impenhorabilidade retira o bem gravado do alcance dos credores contrariando o princípio de que o devedor

²⁰⁸ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-134.

²⁰⁹ CF: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²¹⁰ Para que nada fique sem resposta, entendemos que a legislação de regência deve ser modificada para que se preveja a possibilidade de penhora do bem de família suntuoso desde que se resguarde valor suficiente para aquisição de outro imóvel digno. Contudo, tomando em consideração as imensas disparidades econômicas e regionais, tal regulamentação apresenta alguma dificuldade na definição do que seria suntuoso e o que seria moradia digna. Não obstante, sem alteração legislativa, nos posicionamos contra a penhora do bem de família suntuoso.

responde pelas dívidas com todo seu patrimônio presente e futuro.²¹¹ Ela se apresenta como um gravame imposto no testamento ou ato de doação pelo testador ou doador, e representa uma restrição de poder ao herdeiro ou donatário.

Com efeito, a possibilidade de impor os gravames à legítima é vista com grande resistência pela doutrina. Ana Luiza Maia Nevares pontifica que “a cláusula de inalienabilidade e, em consequência, a de a impenhorabilidade, não realizam no ordenamento jurídico um interesse digno de proteção jurídica, sendo socialmente inúteis...”²¹² e Orlando Gomes afirma ser “insustável quando a proibição de alienar recai nos bens da legítima.”²¹³

Não é o escopo desta dissertação tratar da (in)constitucionalidade da impenhorabilidade testamentária. Contudo, faz-se necessário se posicionar sobre o tema. A cláusula de impenhorabilidade, de função ética questionável, cria um campo fértil para fraudes e promove um viver irresponsável incompatível com o valor constitucional do trabalho. Outras pertinentes críticas contra a clausulação são: (i) a criação de uma espécie de incapacidade por ato voluntário do testador ofendendo a dignidade do herdeiro protegida pelo art. 1º, III CF; (ii) a restrição ao direito de herança previsto no art. 5º, XXX CF; (iii) a retirada de um bem do comércio com restrição ao direito de propriedade e sua função social previstos no art. 5º, XXII e XXXIII e 170, II e III CF.

Ponderando os argumentos agora alinhavados, não nos parece que um *nudge* voltado à instituição de uma cláusula de impenhorabilidade que incida sobre a herança ou doação promova um fim legítimo sob a perspectiva constitucional. Contudo, para aqueles que entendem pela constitucionalidade da disposição, caso ultrapassado este primeiro filtro, o *nudge* informacional determinado pela corregedoria no momento do testamento pode incentivar a adesão a norma que prevê a justa causa a legitimar a cláusula de impenhorabilidade.

²¹¹ CPC/15: Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

²¹² NEVARES, Ana Luiza Maia, As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade sob a ótica civil-constitucional, Revista trimestral de direito civil. -v.5 (janeiro/março 2001) Rio de Janeiro: Padma, 2000.

²¹³ GOMES, Orlando, 1909-1988 Sucessões /Orlando Gomes. -13 . ed. rev., atual, e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002/ por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171.

Os *nudges* voltados à instituição de impenhorabilidades, sob a ótica do proprietário do bem impenhorável, respeitam os direitos individuais. Ademais, não custa lembrar que a impenhorabilidade não proíbe a alienação do bem para o pagamento do débito de forma que o beneficiado pela norma terá sempre a opção de, por vontade própria, afastar a impenhorabilidade.

Quanto aos demais filtros, os *nudges* protetivos da moradia são, por claro, consistentes com os valores e interesses do protegido. Igualmente, tais intervenções não podem ser entendidas como manipulação vez que não se altera a capacidade de deliberação do tomador de decisão, na realidade, após a situação de insolvência, o tomador de decisão poderá, caso queira, decidir por afastar por vontade própria a proteção legal. Por fim, tratando-se de *nudge* a incidir no momento da execução processual, não há que se falar de ausência de transparência quanto a regra protetiva.

3.3 Regime de bens, sucessão e a arquitetura de escolhas

*Não sou otimista nem pessimista. Acho os primeiros ingênuos e os segundos, amargos. Procuro ser realista esperançoso.*²¹⁴

O viés de excesso de otimismo se manifesta de diversas maneiras. Sean Hannon Williams, em artigo intitulado “Probability Errors: Overoptimism, Ambiguity Aversion, and the Certainty Effect”, aponta vários deles e conclui que, de modo geral, as pessoas subestimam as chances de eventos negativos e superestimam as chances de eventos positivos.²¹⁵ Ainda que tais vieses possam trazer algum afago e, moderadamente, se mostrem positivos em muitos aspectos da vida, algumas vezes acabam por justificar comportamentos não inteiramente racionais.

Uma pesquisa realizada por Heather Mahar tendo como amostragem um grupo de estudantes de direito de Harvard demonstra o excesso de otimismo nas relações afetivas. Segundo a autora os estudantes estimaram a chance de um

²¹⁴ Ariano Suassuna, entrevista ao jornal Folha de São Paulo em 30 de abril de 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq3004200709.htm>

²¹⁵ Williams, S. H. (2014). Probability errors: Overoptimism, ambiguity aversion, and the certainty effect. In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 335–353). Oxford University Press, p. 335.

casamento terminar em divórcio em aproximadamente 50%, contudo, quando questionados sobre a expectativa pessoal de vida e futuro, a estimativa de chance para o próprio divórcio caía para 16,55%. A pesquisa foi repetida com o público em geral. Dos respondentes, apenas 11,7% acreditam que poderiam se divorciar, ainda que estimem que 50% dos casamentos da população em geral terminem em divórcio. Chama ainda a atenção o fato de mais da metade dos pesquisados e quase 25% (vinte e cinco por cento) dos estudantes de direito estimarem suas chances de divórcio em 0% (zero por cento)^{216 217}.

O viés de excesso de otimismo e confiança dos nubentes quanto ao futuro matrimônio faz com que os mesmos não reflitam sobre a necessidade de escolha do regime de bens do matrimônio, questão que poderá trazer sérias implicações financeiras na eventualidade do divórcio.²¹⁸

Como antes afirmado, o paternalismo libertário não tem como instrumento a coerção. Não se limita qualquer das opções do tomador de decisão que pode escolher a que melhor lhe aprouver. Partindo destas premissas, convém apontar que o regime de separação obrigatória não pode ser entendido como um *nudge* por ser

²¹⁶ Heather Mahar, “Why Are There So Few Prenuptial Agreements?” (John M. Olin Center for Law, Economics, and Business discussion paper no. 436, September 2003), p. 15, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf.

²¹⁷ A mesma conclusão foi encontrada por Baker, Lynn A., and Robert E. Emery. (Baker, Lynn A., and Robert E. Emery. 1993. When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage. *Law and Human Behavior*, 439-450, p. 445.)

²¹⁸ Não é o escopo desta dissertação discutir cláusulas insertas no pacto pré-nupcial, contudo, diante do viés de excesso de otimismo e confiança, é salutar aplaudir a disposição do art. 1.707 CC/02 que veda a renúncia ao direito a alimentos (CC/02 Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.). Pondera-se aqui que a fixação de alimentos não é binária como os regimes de bens típicos dentro dos quais, após a adoção, em tese, existe menor espaço para a flexibilidade do juiz. Pelo contrário, a fixação de alimentos pode ser calibrada pelo juiz com base no binômio necessidade possibilidade. Sobre o tema, cabe ainda tecer um comentário sobre o Enunciado 263 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça do Brasil, em dezembro de 2004 (Enunciado 263 aprovado na III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.707: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da união estável. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.”). A renúncia realizada após a dissolução do vínculo conjugal não parece ser ofuscada pelo viés de excesso de otimismo e confiança notados em grande parte quando do início do vínculo conjugal. Com efeito, quando do final da união os ex-cônjuges podem até estar enviesados pelo egoísmo que tende a afastar a vontade de exercer o direito de renúncia aos alimentos. “Basicamente, o viés do egoísmo é uma espécie de “interpretação tendenciosa” de situações difíceis ou importantes, na qual costumamos pensar que tanto o resultado “justo” quanto o mais provável são os que nos favorecem.” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 228.). Contudo, o ex-casal não mais estaria enviesado pelo otimismo e excesso de confiança a justificar a vedação de renúncia pela norma.

caracterizado justamente pela negativa do direito de escolha. O ponto é abordado por Caio Mário:

Cumpre, entretanto, destacar na categoria legal, o que impõe aos cônjuges com caráter de obrigatoriedade. É a separação, quando determinada como medida defensiva dos interesses dos cônjuges, ou aos que se casam infringindo certos impedimentos matrimoniais. Nos casos de “separação compulsória” ou “obrigatória” (art. 1.641, CC/2002), nega-se aos nubentes a faculdade de optar, constringidos que ficam a aceitar as regras pertinentes a esta. E, mais do que isto, considerar-se-á como não escrita qualquer estipulação ou convenção contrária aos princípios que a regem. Não se pode negar ao regime de bens o seu caráter jurídico institucional.²¹⁹

Não é objeto deste trabalho tratar da eventual inconstitucionalidade do dispositivo frente a restrição da autodeterminação da pessoa humana. Porém, faz-se necessário destacar que ainda que a restrição da escolha pelo Estado possa ser entendida como paternalista, jamais tal restrição poderá ser considerada libertária justamente por restringir direitos dos nubentes.^{220 221}

A dignidade da pessoa humana restou consagrada como fundamento da República (art. 1º, III, CF). Neste cenário se verifica um deslocamento do papel da família que deixa de ser entendida como uma instituição justificada em si própria e passa a ser entendida como um instrumento de promoção da dignidade de seus integrantes. Aqui os ideais de liberdade e autonomia passam a ganhar cada vez mais força, findando com a noção de que os integrantes da família deveriam se submeter a vontade do grupo, do patriarca (matriarca) ou do Estado. Pertinente é a colocação de Maria Celina Bodin de Moraes:

²¹⁹ Pereira, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 237.

²²⁰ Confira-se a lição de Maria Berenice Dias: “CC 1.641 II - Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos, em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. Restringe sua autodeterminação. Por igual se põe em rota de colisão com o movimento de intervenção mínima do Estado, afrontando a autonomia privada. Cristiano Chaves é enfático: trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais.”? A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.”” (Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021., p. 715.)

²²¹ Em setembro de 2022 o STF entendeu pela repercussão geral do ARE 1309642, que tem como objeto a constitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC/02.

Reconhecida a família como um instrumento para realização da personalidade de seus membros, mostra-se inquestionável que qualquer pretensão de manutenção do vínculo conjugal jamais possa se sobrepor às necessidades dos cônjuges de se relacionarem conforme melhor lhes aprouver. Os cônjuges e conviventes, ressalvados os direitos de terceiros, são livres para planejar, deliberar, constituir e desconstituir a forma de se relacionarem e de estruturarem suas relações familiares e suas aspirações para a vida conjugal.²²²

Nessa ordem de ideias, na organização familiar se almeja um espaço de liberdade para seus integrantes, mas se reconhece a costumeira falta de experiência de seus membros na escolha deste arranjo. Aqui nasce a possibilidade de aplicação das técnicas de arquitetura de escolhas para melhor orientar os nubentes.

Ainda que concebido antes da formulação do atual conceito de arquitetura de escolhas, a opção do regime de bens entre os cônjuges é um bom exemplo de *nudge* lastreado na inércia, afinal, como já discutido, o Sistema Reflexivo é preguiçoso e as pessoas tendem a não romper a posição inercial.^{223 224} No mesmo sentido atuam os vieses de otimismo e autoconfiança antes delineados, pelos quais a maior parte dos nubentes minimiza a chance de divórcio. Em suma, como de forma geral os nubentes não acreditam na possibilidade de divórcio, o desgaste gerado pela escolha de um regime de bens não justificaria o abandono da posição inercial com a escolha comissiva de um regime.

O cenário enviesado pelo otimismo e excesso de confiança é agravado pela costumeira inexperiência do tomador de decisão. Explica-se, não é comum que as pessoas se casem muitas vezes durante a vida. Este limitado número de

²²² MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>.

²²³ Heather Mahar aponta o receio dos nubentes com a interpretação que a outra parte fará do contrato pré-nupcial. Segundo a autora, a discussão pela adoção de um contrato pré-nupcial poderia sinalizar eventual desconfiança ou ainda que o casamento poderá eventualmente terminar em divórcio. (Heather Mahar, “Why Are There So Few Prenuptial Agreements?” (John M. Olin Center for Law, Economics, and Business discussion paper no. 436, September 2003), p. 11, http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/436.pdf).

²²⁴ Esta é a opinião de Maria Celina Bodin de Moraes: “Um exemplo que se encaixa nas ideias aqui expostas diz respeito ao regime de bens de um casal. Os artigos 1.639 e 1.940 do Código Civil determinam que os nubentes podem estipular o que lhes aprouver sobre seus bens; no entanto, no silêncio, a regra padrão é a do regime de comunhão parcial. Às vezes, as pessoas não querem tomar decisões e preferem que seja oferecido um padrão no qual possam confiar. Essa também é uma forma de se respeitar a liberdade de escolha.” (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Data de acesso.)

matrimônios celebrados e desfeitos durante a vida faz com que os nubentes geralmente não tenham experiência com o processo de separação. Por estas razões, a intervenção paternalista libertária se justifica.²²⁵

O regime supletivo é a regra-padrão, adotado na ausência de um comportamento comissivo por parte dos nubentes para escolha do regime de bens. É aquele entendido pelo legislador, como arquiteto de escolhas em uma determinada sociedade e momento histórico, como o melhor para os nubentes que podem optar por modificá-lo sem grande custo. A questão é ilustrada por Zeno Veloso:

Em nosso País, esta questão do regime legal supletivo é de fundamental importância. Não faz parte de nossos costumes, de nossa cultura, a celebração de pactos antenupciais. Na falta de uma estatística sobre a matéria, cremos que não chega a 1% o número de matrimônios que são precedidos de convenções a respeito do estatuto patrimonial dos cônjuges. Em Portugal, depõem Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, é hipótese vulgaríssima, de longe, a mais freqüente na prática, a de não haver convenção antenupcial, informando os autores que, à data dos trabalhos preparatórios do novo Código, andava à volta de 98% dos casamentos celebrados naquele país o número dos casos em que não havia qualquer convenção prévia entre os cônjuges. Na França, segundo estatística de 1962, do Conselho Superior de Notários, 76% dos casamentos não são precedidos de pacto antenupcial. Gérard Cornu noticia que de 80 a 85% dos casais franceses estão submetidos ao regime legal de comunhão dos adquiridos.²²⁶

Com efeito, a redação original do art. 258 do CC/1916 consagrou como regime supletivo, regra-padrão ou inercial, o regime da comunhão universal.²²⁷ Com o advento da Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, o regime legal supletivo, regra-

²²⁵ “Note-se que grande parte das decisões no direito de família se enquadram perfeitamente nesse contexto, especialmente no começo da vida das pessoas, quando são inexperientes em relação tanto a aspectos conjugais como a aspectos parentais. É por esse motivo que a determinação de “regras-padrão” pelo Estado pode ser bem-vinda, contanto que tais *standards* de conduta sejam evitáveis sem excessivo ônus para as pessoas que deles desejarem se desviar.” (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Data de acesso.)

²²⁶ Zeno Veloso, *Regimes Matrimoniais De Bens*, Direito de Família Contemporâneo, Coordenador, Rodrigo da Cunha Pereira, Editora Del Rey, 1997, p. 79/220.

²²⁷ CC/1916 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

padrão ou inercial, passou a ser o da comunhão parcial.²²⁸ A mesma orientação foi mantida pelo art. 1.640 do CC/2002.^{229 230}

A alteração legislativa quanto ao tema reflete as mudanças estruturais na sociedade e a percepção do legislador na qualidade de arquiteto de escolhas. Com efeito, o legislador reconheceu que o número de rompimento dos vínculos conjugais crescera na segunda metade do século passado, e, ciente de que a maioria dos nubentes segue a regra-padrão, alterou o regime supletivo para melhor regular os bens materiais dos casais.²³¹ A consequência prática da alteração do regime padrão é apontada por Zeno Veloso:

Antes da Lei do Divórcio, enquanto vigeu a redação original do art. 258, caput, do Código Civil, a maioria expressiva dos casamentos eram celebrados sob o regime da comunhão universal de bens. Com o advento da aludida lei, e com a modificação por ela introduzida, a maioria significativa dos matrimônios que se realizam no Brasil são regidos pelo regime da comunhão parcial.²³²

A constatação de Zeno Veloso reflete o poder da arquitetura de escolhas e a regra-padrão. Em nenhum momento se limitou a liberdade de escolha dos nubentes

²²⁸ CC/1916 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977)

²²⁹ CC/2002 art. 1.640: Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

²³⁰ “O regime da comunhão parcial de bens, ou de comunhão dos aqüestos ou dos adquiridos, é, também, o regime legal supletivo na França (Code Civil, art. 1.400 s., após a reforma introduzida pela Lei nº 65-570, de 13 de julho de 1965), na Itália (Codice Civile, art. 159, alterado pela Lei de 19 de maio de 1975), na Bélgica (Código Civil, art. 1.398, com a redação da Lei de 14 de julho de 1976), em Portugal (Código Civil, art. 1.315, II), na Venezuela (Código Civil, art. 148), no Peru (Código Civil, art. 295), no Paraguai (Código Civil, art. 189), na Espanha (Código Civil, art. 1.316, com a reforma determinada pela Lei nº 11, de 13 de maio de 1981).” (Zeno Veloso, Regimes Matrimoniais De Bens, in, Direito de Família Contemporâneo, Coordenador, Rodrigo da Cunha Pereira, Editora Del Rey, 1997, p. 79/220.)

²³¹ “Esta tradicional estrutura hierárquica da família escorada na superioridade do homem sobre a mulher passou a ser questionada no fechar do século XX, a contar do progressivo acesso da mulher no mercado de trabalho e da conquista de sua liberdade econômica, surgidos dos ingressos financeiros por ela obtidos, mostrando-se, doravante, inconcebível uma prática de subordinação da esposa ao marido, impondo esta mudança uma outra concepção de união, agora fundada no afeto e não mais na dependência financeira. As posições dos cônjuges estão sendo emparelhadas em uma relação de igualdade, fomentando a vida social moderna maior dedicação profissional dos cônjuges e conviventes.” (MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, 2011.)

²³² Zeno Veloso, Regimes Matrimoniais De Bens, in, Direito de Família Contemporâneo, Coordenador, Rodrigo da Cunha Pereira, Editora Del Rey, 1997, p. 79/220.

quanto ao regime de bens, apenas se alterou a regra-padrão. Como ponderam Sunstein e Thaler:

“em muitos casos, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou ordenadas. O que escolhem é fortemente influenciado por detalhes do contexto no qual fazem determinada escolha, como por exemplo, as regras padronizadas, os efeitos da contextualização (ou seja, a formulação semântica das opções) e os pontos de partida. Essas influências contextuais tornam obscuro o próprio significado do termo “preferências”.²³³

Segundo o relatório Cartório Em Números 3ª Edição (2021) produzido pela Anoreg/BR, entre 2002 e 2021 os Cartórios brasileiros realizaram 18.886.310 celebrações de casamentos e, no mesmo período, foram celebrados apenas 680.519 pactos antenupciais. Ou seja, somente 3,6% dos casamentos do período contatam com a escolha comissiva do regime de bens pelos nubentes, permanecendo os demais com a regra-padrão.^{234 235}

Como se comprova, o *nudge* estabelecido pela regra-padrão de um determinado regime de bens se mostrou um poderoso instrumento de indução de comportamento, basta verificar o relativamente baixo número de pactos voltados a alterar a regra-padrão, apenas 96,4%.

Tecemos agora algumas críticas quanto ao sistema adotado. A primeira diz respeito à necessidade de pacto antenupcial para a escolha voluntária de outro regime típico definido em lei. Se às partes é dado o direito de escolher entre regimes de bens típicos e amplamente regulados pelo Código Civil, seria muito mais simples que a escolha fosse realizada frente ao cartório de pessoas com um simples

²³³ 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, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>.

²³⁴ https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%B3meros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf Acessado em 13.05.22.

²³⁵ Diferentemente do Brasil, onde a forma pública é da natureza do ato (art. 1.653 CC/02), nos Estados Unidos não há a obrigação de forma pública ou de registro do contrato pré-nupcial. Contudo, especialistas estimam que o contrato pré-nupcial seja adotado dentro do intervalo de 5-10% dos novos casamentos realizados naquele país.

formulário, dispensando o custo de tempo, aborrecimento e dinheiro envolvido na obrigatoriedade da escritura pública realizada pelo cartório de notas.^{236 237}

Se o objetivo é impor a reflexão, que se adote algum período de espera durante a habilitação, mas não se justifica a obrigatoriedade da escritura pública para regimes típicos. Neste contexto, o pacto antenupcial por escritura pública ficaria reservado para a escolha de regimes atípicos delimitados pelo instrumento e, como como defenderemos a seguir, para o regime da comunhão total. Trata-se de uma simplificação procedimental a beneficiar a todos os envolvidos aprimorando o *nudge* já existente.

A segunda crítica diz respeito à falta de informação das consequências patrimoniais do casamento para os nubentes e seus herdeiros de forma que a questão deveria ser minimamente esclarecida seja através de texto ou vídeo de curta duração fornecido pelo próprio cartório quando da habilitação.

Um *nudge* informacional interessante poderia ser posto no próprio formulário “Você irá celebrar o contrato mais importante de sua vida. Que tal saber um pouco das consequências patrimoniais do mesmo para você e seus herdeiros?” seguidos de uma explicação gráfica que permitisse aos nubentes compreender minimamente os regimes de bens e o reflexo no regime hereditário.

Ainda dentro do sistema de arquitetura de escolhas de regimes de bens típicos, cumpre, por fim, realizar uma brevíssima digressão. O *nudge* estabelecido pela regra-padrão por um determinado regime de bens se mostrou um poderoso instrumento de indução de comportamento. Basta verificar o relativamente baixo número de pactos voltados a alterar a regra-padrão. Segundo Russell Korobkin a inércia é relevante a ponto de a regra-padrão ser entendida como uma regra quase

²³⁶ CC/02: Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

²³⁷ Neste sentido o PL 2285/2007 de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro: “Art. 38 § 1.º Os nubentes, mediante declaração ao oficial de registro civil, podem escolher qualquer dos regimes de bens estabelecidos neste Estatuto.” Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043, acessado em 30/21/2022.

imutável.²³⁸ A questão que se coloca é: a adesão ao regime supletivo é consciente e pensada ou é derivada exclusivamente da inércia?²³⁹

Mas não só. No contexto crescente de famílias mosaico²⁴⁰, a independência financeira dos cônjuges e vínculos matrimoniais menos estáveis ainda se mostra razoável se incentivar por meio do *nudge* a adoção do regime da comunhão parcial de bens? Não seria a hora de se alterar a indução de comportamento para outro regime?

Rolf Madaleno pondera que:

Fatos jurídicos como a igualdade e independência financeira dos gêneros sexuais, o aumento dos divórcios diante da fragilidade dos vínculos matrimoniais e o próprio advento do Código Civil de 2002 com a nova vocação hereditária foram algumas das situações que afastaram os antigos critérios do casamento indissolúvel. A independência financeira da mulher, em especial, causou forte impacto no modo de vida dos cônjuges e conviventes. Antes era comum que os cônjuges nada pactuassem acerca do seu regime econômico matrimonial, deixando incidir com seu silêncio o regime legal da comunhão parcial de bens. Com a igualdade material; com os medos surgidos do divórcio sem causa e do direito sucessório, tem aumentado geometricamente o número de casais contratando o regime de separação de bens para evitar a comunicação de patrimônios. Mesmo casais sem bens, transcorridos alguns anos de convivência, quando já se encontram em melhor posição econômica, buscam valorizar o que entendem ser mais conveniente aos seus interesses pessoais, e no curso das núpcias

238 “The most fundamental insight for contract theory provided by evidence of the status quo bias is that the choice of default rules is always relevant, not just in situations of high transaction costs or asymmetric information. If lawmakers’ choice of default terms alters parties’ preferences for contract terms – causing an increase in the strength of their preferences for the default term and a decrease in the strength of their preferences for alternative terms – the choice of default terms has the potential to affect any private contract. The status quo bias suggests that the difference between default contract rules and immutable contract rules – rules that parties may not contract around – might be one of degree rather than of kind. Default rules can be seen as “quasi-immutable.” (KOROBKIN, Russell. Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law (Capítulo 4 in SUNSTEIN, Cass (ed.). Behavioral Law and Economics. Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 137.)

239 O autor buscou, sem êxito, dados oficiais da época da entrada em vigor da lei do divórcio para confirmar a tese de que o comportamento inercial é o principal fator para a adoção de um determinado regime de bens. Ainda que após algumas décadas tais dados não mais se apresentem disponíveis (se é que já estiveram), pode-se constatar que hoje é maciça a adoção do regime supletivo.

240 Na definição de Maria Berenice Dias a família mosaico seria a “*estrutura familiar originada no matrimônio ou união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia*”. (Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 456.)

transformam seu regime de comunhão parcial em regime de separação de bens.²⁴¹

Como antes destacado, o casamento há muito deixou de ser visto como uma união indissolúvel. Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Muleto apontam três alterações legislativas que, respondendo aos anseios da nova sociedade, contribuíram para consolidar o divórcio como um direito potestativo do cônjuge: (i) a desjudicialização do divórcio, (ii) o final da exigência de prazo entre a separação e o divórcio (divórcio direto) e (iii) a irrelevância da culpa como causa do divórcio²⁴².

Segundo Fernanda Tartuce, a primeira liminar em divórcio reconhecendo a extinção do vínculo com base na Emenda 66/2010 restou concedida em 2014 e a adoção da técnica da tutela de evidência para o reconhecimento do direito potestativo é cada vez mais comum.²⁴³

Nesse cenário, assim como a Lei do Divórcio alterou a regra-padrão quanto ao regime supletivo em decorrência das alterações nas estruturas sociais, não seria o momento de se alterar a regra-padrão para a separação convencional de bens? A questão deve entrar na pauta e ser amplamente discutida e publicizada antes de se realizar qualquer alteração.²⁴⁴

Uma das formas de arquitetura de escolha alternativa à regra-padrão é a escolha obrigatória.²⁴⁵ Por este modelo o arquiteto de escolhas não dirige o comportamento pela inércia, contudo, afasta a possibilidade de omissão do tomador de decisão para que o mesmo seja obrigado a decidir entre as opções postas. Aqui

²⁴¹ MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, 2011.

²⁴² MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>. Data de acesso: 01/05/2022.

²⁴³ TARTUCE, Fernanda. Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 95, mar-abr 2020, p. 37-50. Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>.

²⁴⁴ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*; tradução Ângelo Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 252.

²⁴⁵ “We have emphasized that default rules are inevitable— that private institutions and the legal system cannot avoid choosing them. In some cases, though not all, there is an important qualification to this claim. The choice architect can force the choosers to make their own choice. We call this approach required choice, or mandated choice.” (Thaler, Richard H. and Sunstein, Cass R. and Balz, John P., *Choice Architecture* (April 2, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1583509> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1583509>)

um ato comissivo de escolha se faz necessário para que se possa prosseguir com o ato final.

Se o regime da comunhão universal de bens parece ter caído em desuso, uma variação da sugestão de *nudge* anterior seria a utilização da escolha obrigatória no formulário de habilitação de casamento entre o regime da comunhão parcial e separação convencional de bens. Os nubentes interessados no regime da comunhão total de bens ou outro regime atípico continuariam obrigados ao pacto antenupcial. Desta forma se incentiva a adoção de um dos dois regimes (comunhão parcial e separação convencional de bens) sem retirar a liberdade de escolha dos nubentes e não se realiza, ainda, a indução ao regime da separação convencional de bens pela alteração da escolha-padrão. Neste caso, a escolha obrigatória poderia ser entendida como um primeiro passo na direção da regra-padrão pelo regime da separação consensual.^{246 247}

Apona-se, ainda, a desnecessidade de manutenção da regra prevista no art. 1.657 do CC/02 que condiciona a validade das convenções antenupciais frente a terceiros à transcrição do pacto no pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.²⁴⁸ Como antes apontado, a inércia exerce grande influência no comportamento humano e é de se esperar que grande parte das pessoas não tome este cuidado a menos que exigido quando da alienação do imóvel. Se o regime já está definido e publicizado pelo cartório de pessoas, não há razão para a inútil duplicidade.²⁴⁹

²⁴⁶ “A policy maker might attempt to prevent people from not making a choice—a situation that we call forced choice (or mandated choice). This policy has appeal in cases where a policy maker is unclear about what option is best for most people (Goldstein et al., 2008).” (JOHNSON, ERIC J., and DANIEL G. GOLDSTEIN. “Decisions by Default.” In *The Behavioral Foundations of Public Policy*, edited by ELDAR SHAFIR, 417–27. Princeton University Press, 2013. <https://doi.org/10.2307/j.ctv550cbm.30>.)

²⁴⁷ “Active choosing might also be preferred when public officials lack relevant information, so that the chosen default rule might be harmful. This is an especially important point. If officials are inadequately informed, and if the default rule is no better than a guess, that rule might lead people in the wrong direction. The same point argues against a default rule when self-interested private groups have managed to call for it, even though it is not in the interest of those on whom it is imposed. Active choosing is much less risky on these counts.” (Cass Sunstein, *Nudge.gov*, In E. Zamir & D. Teichman (Eds.), *The Oxford handbook of behavioral economics and the law* (p. 465-490). Oxford University Press, p. 738.)

²⁴⁸ CC/02: Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

²⁴⁹ Sobre o tema: “A doutrina critica o sistema ele publicidade elo pacto antenupcial, sob a alegação ele ser inadequado e de pouca utilidade prática. “Com efeito, registrado no Cartório de Imóveis do domicílio dos nubentes não significa que estará o pacto assentado no registro dos imóveis de que eventualmente sejam titulares (que podem, perfeitamente, estar situados em outros lugares). Esse

Como se sabe, o matrimônio traz reflexos para o direito das sucessões, seara onde a arquitetura de escolhas também se faz presente. No contexto de famílias mosaico, onde os nubentes devem ter maior preocupação com a segmentação do patrimônio para proteção de seus filhos oriundos de matrimônios anteriores, a questão se mostra ainda mais relevante visto que o cônjuge sobrevivente não terá necessariamente laços afetivos e de consideração com a prole do autor da herança de núpcias anteriores.

Muitas vezes os nubentes, não ou mal assessorados, não conseguem vislumbrar os efeitos do matrimônio sobre a sucessão e não realizam testamento ou outro instrumento de planejamento sucessório que possa ao menos influir no destino de seus bens e proteção de sua prole.

Enquanto o regramento da sucessão legítima segue o modelo mandatário, as regras de vocação hereditária para a parte disponível podem ser entendidas como um *nudge*. Na distribuição da parte disponível o legislador partindo da premissa da força dos vínculos de solidariedade familiar e vulnerabilidade estabelece a regra-padrão dos chamados a suceder pela vocação hereditária prevista no art. 1.829 CC/02²⁵⁰. Não obstante a ordem preferencial, quanto à parte disponível, não se cria grandes dificuldades para o exercício da liberdade com outro direcionamento via testamento.

Neste ponto a crítica que se coloca é a falta de informação da maioria da população sobre a parte patrimonial disponível e a alteração de seu direcionamento quando da celebração do matrimônio.

Excluindo parcela da comunidade jurídica, poucos sabem que o CC/02 transformou o direito hereditário ao permitir que o cônjuge concorra com os descendentes ainda que o matrimônio tenha se dado sob o regime da separação convencional. Não se pretende discutir a supervalorização do cônjuge no regime sucessório após o CC/02, mesmo quando do regime de separação convencional de

fato, por si só, já esvazia a publicidade alvitrada.” (Código Civil interpretado conforme a Constituição da República - vol. IV / Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. - Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 294)

²⁵⁰ CC/02: Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

bens. Contudo, entendemos pela necessidade de realização de algum *nudge* informacional.

Obviamente não se está aqui incentivando a celebração do alcunhado pacto de corvina vedado expressamente pelo art. 426 CC/02.²⁵¹ O que se busca é apenas informar os nubentes quanto aos reflexos do matrimônio na vocação hereditária e a possibilidade de minimizar tal impacto decorrente do casamento. Aqui um simples alerta quando do preenchimento do formulário de escolha de regime fornecido pelo Registro Civil de Pessoas Naturais (nossa sugestão de arquitetura) ou da realização do pacto pré-nupcial pode incrementar a qualidade do processo decisório.²⁵² Adicionalmente, a representação gráfica da eventual divisão da herança poderia ser um *nudge* útil.²⁵³

O alerta informacional se mostra ainda mais importante para aqueles casados no regime da separação de bens sob o CC/16. Afinal, as regras do jogo foram alteradas e um planejamento antes realizado, tomando em consideração as regras de sucessão antes vigentes, não se mostra mais suficiente para manutenção da vontade antes externada de segmentação do patrimônio e pode quebrar expectativas corretamente construídas.²⁵⁴ Com efeito, as pessoas têm o direito de minimizar, caso queiram, a incidência da regra-padrão via testamento.

²⁵¹ CC/02: Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

²⁵² Uma sugestão de redação seria: “*O regime de separação convencional não afasta o cônjuge da sucessão de seus bens. Na falta de testamento seu cônjuge herdará em concorrência com seus filhos. Caso não concorde realize um testamento para minimizar o impacto. Procure seu advogado ou um cartório de notas.*”

²⁵³ A representação gráfica pode se dar com três folhetos explicando o reflexo sucessório dos três principais regimes de bens ou ainda por um aplicativo disponibilizado livremente para celulares (ex: Apple store e Play store) e obrigatoriamente franqueado no Registro Civil de Pessoas Naturais. No aplicativo os nubentes poderiam verificar uma hipótese de sucessão em cada um dos regimes de bens, incluir personagens (cônjuge, descendentes, ascendentes e colaterais) e bens. Também no aplicativo, os nubentes teriam a possibilidade de simular a sua real situação de vida quanto aos bens, cônjuge, descendentes (do cônjuge ou de outras núpcias), ascendentes, colaterais e direito real de habitação. Evidentemente, a simulação não será precisa, mas o objetivo da mesma é apenas informar a existência da concorrência e seus impactos.

²⁵⁴ “Evitar a inclusão de novos herdeiros em um patrimônio familiar, com a indesejada divisão de bens preexistentes ao matrimônio, com o súbito aparecimento do consorte viúvo para tomar decisões na sociedade empresária familiar do cônjuge falecido, sujeitando a empresa ao seu perecimento e à insegurança de sua administração no futuro, são frequentes preocupações dos novos casamentos, isto quando admitem casar, e, se casam, elegem o regime da separação convencional de bens por acreditarem estar afastando o cônjuge sobrevivente que não participou da construção do acervo privativo familiar do ingresso em seus bens particulares, com o divórcio ou abertura da sua sucessão.” (MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regimes de bens. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, Magister/IBDFAM, n. 25, v. 13, 2011.)

Uma sugestão seria um aviso quando do momento da declaração anual de bens e direitos para a Receita Federal informando a alteração legislativa aos casados pelo regime da separação convencional com um texto no seguinte sentido: “O CC/02 alterou a forma de sucessão e na falta de testamento seu cônjuge herdará dividindo seus bens com seus filhos. Caso não concorde realize um testamento para minimizar tal impacto. Procure seu advogado ou um cartório de notas.” A vantagem da utilização da declaração anual de imposto de renda é que os dados da Receita Federal podem realizar a filtragem e a informação será direcionada apenas àqueles que possuem bens declarados e se casaram antes do CC/02.

3.3.1 Legitimidade da arquitetura de escolhas

Assim como nos exemplos anteriores, faz-se necessário analisar os *nudges* existentes e sugeridos frente aos princípios de legitimidade apontados por Cass Sunstein e Lucia Reisch.²⁵⁵ Neste ponto serão tratados primeiramente os *nudges* dirigidos ao regime de bens e posteriormente os direcionados ao regime sucessório.

O regime de bens de um casamento não pode ser ignorado ou definido apenas quando do eventual rompimento do vínculo conjugal. Não se trata de um contrato incompleto a ser interpretado *ex post*. Neste sentido, alguma regulação prévia se faz necessária e para tanto entendeu o legislador, como arquiteto de escolhas, por eleger a regra-padrão da comunhão parcial de bens. O estabelecimento de alguma regra é um fim legítimo e traz alguma previsibilidade. Contudo, como exposto anteriormente, nos parece que maior legitimidade teria a opção pelo modelo de escolha obrigatória entre a separação total de bens e a comunhão parcial. Tal opção traria uma maior reflexão por parte dos nubentes, preservaria a liberdade e eliminaria a burocracia da obrigatoriedade da escritura pública caso fosse adotado um dos dois regimes.

Observa-se que, a obrigatoriedade da escritura pública na arquitetura proposta pode ser entendida como um entrave procedimental a incentivar a adoção

²⁵⁵ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-134.

dos regimes da comunhão parcial e separação convencional em detrimento da comunhão total.²⁵⁶

Tanto o atual modelo quanto o modelo proposto respeitam os direitos individuais dos nubentes e não afrontam nenhum valor ou interesse do tomador de decisão. Da mesma forma, não podem ser entendidos como manipulativos uma vez que não têm como objetivo afastar a deliberação reflexiva. Por fim, a arquitetura é transparente uma vez que os nubentes têm ciência da adoção do regime quando do casamento.

Por outro lado, os reflexos do casamento na arquitetura de escolhas na seara sucessória não passam incólumes às críticas.

Se não é objeto desta dissertação a divisão da herança necessária por se manifestar por meio de regramento cogente, afastando a utilização de *nudges*, o foco quanto o teste de legitimidade se dará na arquitetura proposta para o regime sucessório da parte disponível.

Aqui a preocupação quanto a legitimidade do fim se dá no instituto da concorrência do cônjuge com a prole do autor da herança. Como reiteradamente abordado, a norma-padrão ou supletiva de vontade exerce elevada influência no resultado final funcionando na maior parte das vezes como uma regra quase imutável.²⁵⁷

Ainda que abordando a parte necessária, a contundente crítica de Maria Berenice Dias pode ser estendida à alteração da vocação hereditária:

²⁵⁶ Conforme Thaler e Sunstein: “[u]ma forma um pouco mais agressiva de paternalismo ocorre quando o plano padrão é acompanhado de restrições procedimentais, destinadas a garantir que qualquer alteração seja totalmente voluntária e inteiramente racional.” (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, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-nao-e-uma-contradicao>.)

²⁵⁷ “The most fundamental insight for contract theory provided by evidence of the status quo bias is that the choice of default rules is always relevant, not just in situations of high transaction costs or asymmetric information. If lawmakers’ choice of default terms alters parties’ preferences for contract terms – causing an increase in the strength of their preferences for the default term and a decrease in the strength of their preferences for alternative terms – the choice of default terms has the potential to affect any private contract. The status quo bias suggests that the difference between default contract rules and immutable contract rules – rules that parties may not contract around – might be one of degree rather than of kind. Default rules can be seen as “quasi-immutable.” (KOROBKIN, Russell. Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law (Capítulo 4 in SUNSTEIN, Cass (ed.). Behavioral Law and Economics. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 137.)

Esta esdrúxula invenção, apelidada de direito de concorrência sucessória, assegura a quem entra em um relacionamento, parte do patrimônio do outro, em igualdade de condições com os descendentes. Como são bens que não auxiliou a amealhar, ocorre claro enriquecimento sem causa. E tal direito é assegurado não só no casamento, mas também na união estável, por obra e graça do Supremo Tribunal Federal.²⁵⁸

No caso, ainda que exista liberdade de escolha quanto a parte disponível e o autor da herança possa dispor de tal fração como bem entender, a destinação supletiva ao cônjuge em concorrência com a prole é determinante na maior parte dos casos e não nos parece ser a melhor opção. Com efeito, o direito real de habitação do cônjuge (art. 1.831 CC) somado à sua inclusão no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845 CC) e a previdência social são suficientes para assegurar sua proteção na maior parte dos casos.

Não obstante, apesar das críticas acima, adotando a Constituição como prisma para persecução da legitimidade do fim da arquitetura, tem-se como ultrapassado este primeiro filtro visto que tanto a proteção do cônjuge supérstite, enquanto família, quanto a proteção da prole são valores constitucionalmente relevantes (arts. 226 e ss. CF) e a ponderação, no caso, não pode se dar em abstrato.

Agora, a regra-padrão parece não ultrapassar os demais filtros de legitimidade propostos por Cass Sunstein e Lucia Reisch²⁵⁹ em duas hipóteses, no regime da separação convencional de bens e quanto aos bens particulares no regime de comunhão parcial.²⁶⁰ No primeiro caso, se mostra evidente a ausência de legitimidade, no segundo caso a ausência de legitimidade é menos severa, mas ainda se apresenta.

Conforme antes abordado, o regime de comunhão parcial é a escolha por regra-padrão apontada pelo legislador e para que tal arquitetura de escolha se legitime a mesma deve ser consistente com os valores e interesses das pessoas.

²⁵⁸ DIAS, Maria Berenice, Meu bem ou teus bens, Data de publicação: 29/04/2021 <https://ibdfam.org.br/artigos/1689/Meu+bem+ou+teus+bens%3F>

²⁵⁹ Trusting *nudges*: toward a bill of rights for nudging / Cass R. Sunstein and Lucia A. Reisch. Description: Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019, p. 131-134.

²⁶⁰ A comunhão universal e a separação obrigatória são excluídas da hipótese de incidência da norma contida no inciso I do art 1.829 CC. Confira-se: Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Neste cenário, o arquiteto de escolhas, o legislador, parte da crença de que os nubentes voluntariamente desejariam segregar os bens particulares anteriores ao matrimônio e por tal razão adotou o regime da comunhão parcial como regra-padrão. Ou seja, há aqui uma presunção de vontade quanto à segregação dos bens anteriores ao matrimônio.

Assim, se a afirmativa acima é válida, e a mesma é condição de legitimidade da regra-padrão do regime matrimonial, é razoável se afirmar que a destinação de bens *post mortem* deva seguir a mesma orientação. Em outras palavras, pela vontade presumida na adoção do regime de bens da comunhão parcial presume-se que o interesse do autor da herança fosse a segregação parcial de bens *post mortem*. Como já destacou a Min. Nancy Andrigli, “[n]ão se pode ter após a morte o que não se queria em vida.” Neste sentido, a regra-padrão de concorrência quanto aos bens particulares na comunhão parcial não seria do interesse do autor da herança de forma que a regra-padrão não se mostra legítima ao ser analisada pelos filtros propostos por Cass Sunstein e Lucia Reisch.

A crítica ganha maior ênfase quando se trata do regime da separação convencional. Aqui, os nubentes optaram de forma comissiva, expressa e reflexiva pela a segregação patrimonial. Ignorar a vontade das partes quando do óbito viola direitos individuais e os interesses expressamente declarados. Pertinente é a reflexão trazida pela Min. Nancy Andrigli quanto a concorrência prevista no art. 1.829, I, do CC/02:

Assim, a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento.

Sob a ótica da força normativa do pacto antenupcial, é fundamental o respeito à vontade lícita e livremente manifestada pelos nubentes. Dotado de publicidade e eficácia de oponibilidade perante terceiros, a expressão de autonomia das partes por meio do pacto antenupcial, não pode ser aviltada, sob pena de termos um direito muito volátil.²⁶¹

²⁶¹ REsp n. 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 5/2/2010.

O entendimento, apesar de posteriormente superado pela maioria do STJ, é corroborado por Moura Ribeiro para quem deve ser mantida a “coerência ante a vontade manifestada pelos cônjuges durante a vida em comum.”²⁶²

Efetivamente, “[n]ão há que se confundir regime de bens e direito sucessório, mas há que se interpretar, de forma sistemática, os dispositivos legais que permitam a preservação dos fins da livre manifestação de vontade”.²⁶³ Neste cenário, a arquitetura de escolhas que diante da inércia na realização de testamento beneficia o cônjuge em detrimento da prole do autor da herança age em confronto direto com a vontade de segregação manifestada comissiva e reflexamente quando da realização do pacto antenupcial. A questão restou abordada expressamente pelo Min. Moura Ribeiro no julgamento do REsp n. 1.382.170/SP antes mencionado:

De início, torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.²⁶⁴

Em suma, há evidente violação da autonomia do autor da herança de forma que a arquitetura de escolha positivada pelo inciso I do art. 1829 CC não respeita os direitos individuais e o interesse do autor da herança, não ultrapassando, portanto, o filtro de legitimidade proposto por Cass Sunstein e Lucia Reisch.

Observa-se ainda que a inclusão do cônjuge na vocação hereditária em concorrência com a prole pelo CC de 2002 alterou a regra sucessória esperada pelos casados na vigência do CC/16 na forma do art. 1.787 do CC de 2002.²⁶⁵ A alteração se mostra ainda mais violenta para os casados pelo regime da separação consensual

²⁶² REsp n. 1.382.170/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 22/4/2015, DJe de 26/5/2015.

²⁶³ REsp n. 1.382.170/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 22/4/2015, DJe de 26/5/2015.

²⁶⁴ REsp n. 992.749/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 5/2/2010.

²⁶⁵ CC/02: Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

de bens que em vida optaram de forma comissiva e pela segmentação patrimonial, muitas vezes para proteção de sua prole e agora têm sua legítima expectativa construída com base no CC/16 traída. Com ainda mais ênfase, para estes, a regra-padrão parece desrespeitar os interesses individuais.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou demonstrar como os conceitos de arquitetura de escolhas e *nudge*, pensados sob a ótica do paternalismo libertário, podem ser compatibilizados com o direito civil-constitucional e utilizados como instrumento de promoção do bem-estar em diversos aspectos da vida. O percurso observou a seguinte ordem: premissas, conceito e aplicação.

No primeiro capítulo da dissertação foram apresentadas pesquisas e conclusões da ciência comportamental como premissa ao desenvolvimento do paternalismo libertário. O objetivo foi a desconstrução do mito do homem como ser completamente racional para que se pudesse compreender o fenômeno decisório dentro das limitações que a natureza e a vida em sociedade impõem.

Como lastro teórico foram utilizados os estudos apresentados por Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre sistema dual, racionalidade limitada, heurísticas e vieses. O principal *insight* da dupla de autores foi: se as pessoas cometem erros sistemáticos, o seu comportamento é previsivelmente diferente daquele apresentado pelos modelos de escolha racional.

Na realidade da experiência humana o tomador de decisão se utiliza predominantemente do Sistema Automático e não possui todas as informações necessárias. E, ainda que tenha o seu Sistema Reflexivo acionado pelo Sistema Automático, sua capacidade de processamento das informações é limitada, o que faz com que se sujeite a heurísticas e vieses quanto é chamado a decidir. Por estas razões, é de se esperar que muitas das decisões tomadas não sejam positivas no sentido de incrementar o bem-estar do tomador de decisão.

Vistas as premissas, se colocou a primeira indagação: se a ciência cognitiva comprovou a limitação da capacidade reflexiva das pessoas e a experiência, há muito acumulada, evidencia a existência de atos danosos realizados pelo indivíduo contra si, não seria benéfica, quiçá obrigatória, a intervenção do Estado em benefício das pessoas?

A resposta foi oferecida ao longo do segundo capítulo. Aqui se discutiu a possibilidade de intervenção do Estado no espaço de autonomia do indivíduo, sua forma e legitimidade. Nesta ordem de ideias, foi introduzido o conceito de

paternalismo de Gerald Dworkin e na sequência explorado o conceito de paternalismo libertário de Thaler e Sunstein.

Conforme definido por Gerald Dworkin, o paternalismo é uma “interferência na liberdade de ação da pessoa justificada por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, à necessidade, aos interesses ou valores da pessoa coagida”.²⁶⁶ Restou destacado que Dworkin, após críticas à sua concepção inicial, acabou por elastecer o conceito para abarcar também algumas espécies de interferências não necessariamente coercitivas.²⁶⁷

Ainda que as segundas impressões de Dworkin ampliem o conceito de paternalismo para reconhecê-lo em alguns casos de interferências não coercitivas criando algum ponto de contato com o paternalismo libertário, para o último, a intervenção jamais poderá ser coercitiva. E aqui reside o principal ponto de distinção entre o paternalismo não-libertário e o paternalismo libertário, a preservação da liberdade. Pela formulação de Thaler e Sunstein a intervenção paternalista, para ser caracterizada como libertária, jamais usará de coerção.

Na segunda parte do capítulo, foram apresentadas as principais premissas adotadas pela proposta de paternalista libertária. A primeira delas é a de que as decisões são tomadas dentro de algum contexto e isto inevitavelmente influencia o tomador de decisão para alguma das escolhas possíveis. A segunda premissa parte dos conceitos de racionalidade limitada e da complexidade da vida contemporânea para apontar a impossibilidade de as pessoas tomarem decisões próximas ao ideal em todas as vezes que são instadas a escolher.

Partindo destas duas premissas, a proposta dos autores é que, quando possível, o contexto seja pensado de forma a direcionar o tomador de decisão para aquela que melhor atenda aos seus interesses. Neste sentido, dois pontos foram destacados. Primeiramente, a melhor escolha seria aquela que o tomador de decisão faria caso dispusesse de todas as informações necessárias e não sofresse qualquer restrição à deliberação racional. O segundo ponto ressalta a contribuição libertária da formulação. A liberdade de escolha, de negar a opção direcionada, deve ser plena

²⁶⁶ Dworkin, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121).

²⁶⁷ DWORKIN, G. (1988). Paternalism: Some second thoughts. In *The Theory and Practice of Autonomy* (Cambridge Studies in Philosophy, p. 121-129). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625206.009, p. 121

e sem maiores custos ou dificuldades para a pessoa alvo da intervenção. O acréscimo da liberdade na formulação não somente preserva a autonomia como também funciona como uma válvula de escape para intervenção paternalista desastrada ou maliciosa.

Assentou-se, assim, o conceito de arquiteto de escolhas como aquele que cria ou influencia o contexto em que a decisão é tomada. A arquitetura de escolhas seria então o contexto em que as opções são postas frente ao tomador da decisão de forma a influenciar sua decisão de forma benéfica para o próprio.

Fixados os conceitos, foram apresentados os filtros de legitimidade para as intervenções na arquitetura de escolhas desenvolvidos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch e se buscou compatibilizar tais filtros com a realidade civil-constitucional.

O capítulo três teve como objetivo demonstrar que o legislador brasileiro, ainda que sem o mais recente arcabouço teórico das ciências cognitivas, concilia os conceitos de racionalidade limitada e arquitetura de escolhas e se utiliza de diversos instrumentos que poderiam ser entendidos dentro do contexto Paternalista Libertário.

Foram estudadas quatro hipóteses normativas onde a arquitetura de escolhas paternalista libertária se faz presente no ordenamento nacional. Em todas as oportunidades os filtros de legitimidade desenvolvidos por Cass R. Sunstein e Lucia A. Reisch, já compatibilizados com a dogmática civil-constitucional, foram desenvolvidos para se perquirir a legitimidade da intervenção. Igualmente, restaram sugeridos novos elementos para a arquitetura de escolhas ou mesmo a sua revisão.

Acredita-se que agora, ao final desta dissertação, se tenha comprovado que o paternalismo libertário não somente é compatível com o direito civil-constitucional como pode, e deve, ser utilizado como instrumento de promoção do bem-estar em diversos aspectos da vida.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. *O Processo Civil entre o Jurídico e o Econômico*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Incentivos processuais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- AGARWAL, Sumit; DRISCOLL, John; GABAIX, Xavier; LAIBSON, David. The Age of Reason: Financial Decisions over the Life-Cycle with Implications for Regulation. *Brookings Papers on Economic Activity*, v. 2, p. 51-117, 2009.
- ALVES, Giovani. *Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da economia comportamental: previsibilidade do erro e intervenção*. 217p. Tese (Doutorado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- ARIELY, Dan; HREHA, Jason; BERMAN, Kristen. *Hacking Human Nature for Good: A Practical Guide to Changing Human Behavior*. Oakland: Irrational Labs, 2014.
- _____; WERTENBROCH, Klaus. Procrastination, Deadlines, and Performance: Self-Control by Precommitment. *American Psychological Society*, v. 13, n. 3, 2002.
- _____; EPSTEIN, Richard. Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics. New York University Law and Economics Working Papers, New York University School of Law 4-25-2007c.
- _____. *Previsivelmente Irracional: as forças ocultas que influenciam as nossas decisões*. Amadora: Estrela Polar, 2008b.
- _____. *The Upside of Irrationality: The Unexpected Benefits of Defying Logic at Work and at Home*. Nova York: Harper Collins Publications, 2011.
- _____. *Behavioural Economics Saved My Dog: Life Advice for the Imperfect Human*. Londres: Oneworld Publications, 2015.
- _____. *Payoff: The Hidden Logic That Shapes Our Motivations*. Nova York: TED Books, 2016.
- _____. *Dollars and Sense: How We Misthink Money and How to Spend Smarter*. Nova York: Harper Collins Publications, 2017.
- AVILA, Flávia (Org.); BIANCHI, Ana Maria (Org.). *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1. ed. São Paulo: Economia Comportamental, 2015.
- AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Cambridge: Basic Books, 2006.

BAKER, Lynn; EMERY, Robert. When Every Relationship Is Above Average. *Law and Human Behavior*, Washington, D.C, v. 17, n. 4, p. 439-450, 1993.

BAR-GILL, Oren; WARREN, Elizabeth. Making Credit Safer. *University of Pennsylvania Law Review*, Pittsburgh, v. 157, n. 1, p. 1-102, 2008.

_____. The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts. *Cornell Law Review*, Nova Haven, v. 94, 2009.

_____. Seduction by Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets, Introduction. *Law & Economics Research Paper Series*, n. 12-33, p. 1-5, 2012.

_____; BEN-SHAHAR, Omri. No Contract? *Coase-Sandor Institute for Law and Economics*, Chicago, n. 636, p. 1-48, 2013.

_____; BEN-SHAHAR, Omri. Exit from Contract. *Journal of Legal Analysis*, Oxford v. 6, n. 151, p. 1-33, 2014.

_____; BEN-SHAHAR, Omri. Manipulation by Mislaid Priorities. *Harvard Law School*, Cambridge, p. 1-49, 2021.

_____; COHEN, Alma. How to Communicate the Nudge: A Real-World Policy Experiment. *Harvard Law School*, Cambridge, 2021.

BENKLER, Yochai. Degrees of Freedom, Dimensions of Power. *Dædalus*, v. 145, n. 18, 2016.

BHARGAVA, Saurabh; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics and Public Policy 102: Beyond Nudging. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 105, n. 5, p. 396-401, 2015.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. *RJLB*, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco et. al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BODIN DE MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação interpretação do direito no início do séc. XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, 2013. p. 2.

_____. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.

_____; MULTEDO, Renata Vilela; A privatização do casamento. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

BOGOSSIAN, Andre Mari ns; DE LUCA, Alexandre. *Proibindo o proibido*: problemas do paternalismo regulatório e a RDC nº 14/2012 Anvisa. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 2, p. XX- XX, fev. 2015.

BOYD, William; RAPOPORT, Nancy. ‘Nudging’ Better Lawyer Behavior: Using Default Rules and Incentives to Change Behavior in Law Firms. *St. Mary’s Journal of Legal Ethics & Malpractice*, v. 4, n. 42, p. 42-111, 2014.

BRACCINI NETO, M. O nudge como panaceia: os limites da economia comportamental a partir de sua aplicação em fundos de pensão e suas consequências ao caso brasileiro. 2019. (Apresentação de Trabalho/Seminário).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 992749-MS. Recorrente : Gustavo Alves De Souza e Outros, Recorrido : Paula Rosa De Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, 1 de dezembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1382170-SP. Recorrente: Flávia Matarazzo, Recorrido : Silvia Maria Aranha Matarazzo. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 22 de abril de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5166-SP. Requerente: Associação Brasileira de Supermercados — Abras, Requerido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 4 de novembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1.070.522-PE. Requerente: União. Requerido: Sistema de Comunicação Viaom Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 18 de março de 2021.

BROCKMAN, John (Org.). *This Will Make you Smarter*. Nova York: Harper Perennial, 2012.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone, NOJIRI, Sérgio, VARELLA, Marcelo Dias VILLARROEL, Ivette Esis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 2, p. 1-1077, ago. 2018.

_____. (Org.). *What to Think about Machines that Think*. Nova York: Harper Perennial, 2015.

BUBB, Ryan; PILDES, Richard. How Behavioral Economics Trims its Sail and Why. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 127, p. 1594-1678.

CAMPBELL, John; HOWELL, Jackson. MADRIAN, Brigitte; TUFANO, Peter. The Regulation of Consumer Financial Products: An Introductory Essay with Four Case Studies. *Faculty Research Working Paper Series*, Cambridge, p. 1-48, 2010.

_____; JACKSON, Howell; MADRIAN, Brigitte. Consumer Financial Protection. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 25, n. 1, p. 91-114, 2011.

CHAPDELAINE, Pascale. Book Review: Margaret Jane Radin, Boilerplate, the Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 65, p. 136-142, 2015.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CARDOSO, Fabiana; GIRARDI, Viviane. O Instituto de Regime de Bens e sua influência no planejamento sucessório, v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CHEN, Daniel; LOECHER, Markus. Mood and the Malleability of Moral Reasoning: The Impact of Irrelevant Factors on Judicial Decisions. *SSR Electronic Journal*, p.1 -70, 2019.

COLAÇO, Hian; RODRIGUES, Francisco. Merecimento de Tutela na Sociedade da Informação: Reedificando As Fronteiras do Direito Civil. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1125-1145, 2017.

COOTER JR, Robert; ULEN, Thomas. *Pearson New International Edition*. 6. ed. EUA: Pearson Education Limited, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 187p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CUNHA, José Adson; AGUIAR, Yuska Paola Costa; PONTES, Josinaldo; DA SILVA, Mirelly. Como influenciar decisões em ambientes digitais através de nudges?: Um mapeamento sistemático da literatura. In: *Workshop sobre Aspectos Sociais, Humanos e Econômicos de Software (WASHES)*, 5., 2020, Cuiabá.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, EUA, v. 108, n. 17, abril 2011.

DUNLOP, Claire; RADAELLI, Claudio. Overcoming Illusions of Control: How to Nudge and Teach Regulatory Humility. In: SIBONY, Anne Lise; ALEMANN, Alberto (Org.). *Nudge and the Law: A European Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *Philosophy and Public Policy*, Cambridge, v. 56, n. 1, p. 64-84, jan. 1972

_____. Paternalism: some second thoughts. Cambridge University Press, Cambridge, v. 5, p. 121-129, jun. 2012.

EISENBERG, Melvin. The Limits of Cognition and the Limits of Contract. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 47, n. 2, p. 211-259.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Thousand Oaks, v. 32, n. 2, 2006.

EPSTEIN, Wendy. Revisiting Incentive-Based Contracts. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, *Nova Haven*, v. 17, n. 1, p. 1-60, 2017.

EREN, Ozkan; MOCAN, Naci. Emotional Judges and Unlucky Juveniles. *American Economic Journal*, Pittsburgh, v. 10, n. 3, p. 171-205, 2018.

ESPOSITO, Fabrizio. "Nudge and the Law" Book Review. *Humana.Mente Journal of Philosophical Studies*, Florença, v. 28, 255-274, 2015.

FEHR, Ernst; CAMERER, Colin. "Economic Man" Dominate Social Behavior? *Science*, New Series, v. 311, n. 5757, p. 47-52, 2006.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 105-124, set. 1971.

FORTES, Pedro. O Direito Real e a economia comportamental: elementos e desafios. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/365526/o-direito-real-e-a-economia-comportamental-elementos-e-desafios>. Acesso em: 29 nov. 2022.

FURTH-MATZKIN, Meirva; SOMMERS, Roseanna. Consumer Psychology and the Problem of Fine-Print Fraud. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 72, 2020.

GIGERENZER, Gerd. *Gut Feelings: The Intelligence of the Unconscious*. Nova York: Viking, 2007.

_____. *Risk Savy*. Nova York: Viking, 2014.

- GINÉ, Xavier; KARLAN, Dean. ZINMANN, Jonathan. Put Your Money Where Your Butt Is: A Commitment Contract for Smoking Cessation. *American Economic Journal*, Pittsburgh, p. 213-235, 2010.
- GRIFFITHS, Marie *et al.* Facebook, YouTube, MySpace: Can Web 2.0 Social Networking Sites Nudge the Boardroom – The Evolution Of CRN 2.0 Research Agenda?. UK Academy for Information Systems Conference Proceedings, Reino Unido, 2010, mar. 2020.
- GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell University Law School*, Ithaca, v. 43, p. 1-43, 2007.
- HACKER, Philipp. A Review of ‘Nudge and the Law. A European Perspective. In: Alemanno Alberto; Sibony, Anne-Lise (Ed.). *European Review of Private Law*. 2016, p. 297-322.
- _____. Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates. *European Review of Private Law*. p. 651-678, 2017.
- HALPERN, David. *Inside the Nudge Unit: How Small Changes Can Make a Big Difference*. London: Ebury, 2015.
- HEYES, Anthony; SABERIAN, Soodeh. EREN, Ozkan; MOCAN, Naci. *American Economic Journal*, Pittsburgh, v. 11, n. 2, 238-265, 2019.
- HIRSCH, Adam. Default Rules in Inheritance Law: A Problem in Search of Its Context. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 1031, 2004.
- HOLLAND, S. Contested Commodities at Both Ends Of Life: Buying and Selling Gametes, Embryos, and Body Tissues. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 11, n. 3, p. 263-284, 2001.
- ILYÉS, Virág. “Misbehaving: The Making of Behavioral Economics” by Richard H. Thaler. *Corvinus Journal of Sociology and Social Policy*, Budapeste, v. 9, p. 195-201, 2018.
- JESPERSEN, Andreas; HANSEN, Pelle. Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy. *EJRR*, v. 1, p. 3-28, 2013.
- JOHN, Peter *et al.* *Nudge, Nudge, Think, Think: Experimenting with Ways to Change Civic Behaviour*. Nova York: Bloomsbury Academic, 2011.
- JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. National Bureau of Economic Research, *Working Paper* n. 12879.
- JUNIOR, Gico, TEIXEIRA, Ivo. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba: Foco, 2020.

JORGE, Leonardo Carrilho. Paternalismo jurídico na constituição de 1988: A autonomia individual contra o autoritarismo estatal. 2010. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, Values and Frames. *American Psychologist*, 39, 341-350, 1984.

_____; Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

_____; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, Nova Jersey, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979.

_____; TVERSKY, Amos. Probabilistic reasoning. In: GOLDMAN, Alvin (Org.). *Readings in Philosophy and Cognitive Science*. Cambridge: MIT Press, 1993.

_____; GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale (Org.). *The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. Maps of Bounded Rationality: A Perspective on Int Psychology for Behavioral Economics. Prize Lecture, p. 449-489, 2002.

_____; TVERSKY, Amos. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science*, v. 211, p. 453-458, 2010.

_____. *Rápido e devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KARAMPATZOS, Antonios. *Private Law, Nudging and Behavioral Economic Analysis*. Nova York: Routledge, 2020.

KEENEY, Ralph. Personal Decisions Are the Leading Cause of Death. *Operations Research in Health Care*, v. 56, n. 6, p. 1335-1347, 2008.

KLEMENT, Alon; NEEMAN, Zvika. Against Compromise: A Mechanism Design Approach. *Journal of Law, Economics, & Organization*, Oxford, v. 21, n. 2, p. 285-314, 2005.

KOROBKIN, Russel. The Status Quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 83, n. 3, p. 608-687, 1998.

KOSZEGI, Botond. Behavioral Contract Theory. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 52, n. 4, p. 1075-1118, 2014.

LEWIS, Michael. *Moneyball: O homem que mudou o jogo*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2004.

LOBEL, Amir Orly. Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy. *Legal Studies Research Paper Series*, n. 09-006, 2009.

MADALENO, Rolf. A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens. *Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDfam*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 5-32, 2007.

MAHAR, Heather. Why Are There So Few Prenuptial Agreements?. *Harvard Law School*, Cambridge, n. 436, 2003.

MANN, Ronald. Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting. *Columbia Law School*, Nova York, v. 984, p. 984-1012, 2008

MARÇAL, Felipe. Direito Processual Comportamental: repensando institutos processuais a partir da economia comportamental, da psicologia cognitiva e da neurociência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 305, jul. 2020.

MATHIS, Klaus; AVISHALOM Tor (Org.). *Nudging: Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*. Suíça: Springer International Publishing, 2018.

MENDES, Dany; CORREIA, Cecília. Teoria econômica aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 50, n. 197, jan./mar. 2013.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MUHL, Manuela; VEREECK, Lode. An Economic Theory of Court Delay. *European Journal of Law and Economics*, Holland, v. 10, n. 3; p. 243-268, 2000.

MÜNSCHER, Robert; VETTER, Max; SCHEUERLE, Thomas. A Review and Taxonomy of Choice Architecture Techniques. *Journal of Behavioral Decision Making*, Oxford, v. 29, n. 5, p. 511-524, 2015.

OKEDIJI, Ruth. Contracts, Persons and Persons and Property: A Tribute to Margaret Jane Radin. *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, Minnesota, v. 22, n. 1, 2015.

OLIVEIRA, Ludmila. Neurodireito e tomada de decisões no direito privado: negócios jurídicos baseados em evidências. 92p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

_____. STANCIOLI, Brunello. Nudge e informação: a tomada de decisão e o “homem médio”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-23, 2021.

PARVINI, Neema. *Shakespeare and Cognition: Thinking Fast and Slow through Character*. Hampshire: Palgrave pivot, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINKER, Steven. *How the Mind Works*. London: Penguin Books, 1997.

_____. *Como a mente funciona*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____. *The Sense of Style: The Thinking Person's Guide to Writing in the 21st Century*. Nova York: Viking, 2004.

_____. *The Better Angels of Our Nature*. Nova York: Viking, 2012.

_____. *Do Humankind's Best Days Lie Ahead?: The Munk Debates*. Toronto: House of Anansi Press, 2016.

_____. *Enlightenment Now*. Nova York: Viking, 2018a.

_____. *O novo Iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018b.

_____. *Rationality: What it is, why it Seems Scarce, why it Matters*. Nova York: Viking, 2021.

RACHLINSKI, Jeffrey. New Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 95, n. 3, p. 740-746, mar. 2020.

RADIN, Margaret. *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2013.

RUBINFELD, Daniel. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis Article. *The Georgetown Law Journal*, Washington DC, v. 82, p. 397-435, 1993.

SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

_____. *Public Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. *The Case against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

_____. *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. Nova York, Penguin, 2013.

_____. *O que o dinheiro não compra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANTOLIM, Cesar. "Behavioral Law and Economics" e a teoria dos contratos. *RJLB*, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHRAMM, FR. A autonomia difícil. *Revista Brasil Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 35-48, 1998.

SCHWARTZ, Allan. Regulating for Rationality. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 67, p. 1373-1410, jun. 2015.

_____. *The Paradox of Choice: Why more is less*. Nova York: Harpercollins, 2016.

SCHWARTZ, Alan. Regulating for Rationality. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 67, p. 1374-1410, 2015.

SCHWARTZ, Barry. *The Paradox of Choice: Why More is Less*. Nova York: Harpercollins, 2016.

SCHWEIZER, Mark. Nudging and the Principle of Proportionality. Obligated to Nudge? 4th Law and Economics Conference, Lucerne.

SHAFIR, Eldar (Org.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Oxford: Princeton University Press, 2013.

SHAROT, Tali. *The Optimism Bias: A Tour of the Irrationally Positive Brain*. Nova York: Pantheon Books, 2011.

SHLEIFER, Andrei. Psychologists at the Gate: Review of Daniel Kahneman's Thinking, Fast and Slow. *Journal of Economic Literature*, Cambridge, v. 50, n. 4, p. 1080-1091, 2012.

SIMON, Herbert. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

SINGER, Joseph William. *Entitlement: Paradoxes of Property*. Cambridge: Yale University Press, 2000.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia Privada e Boa-fé Objetiva em Direitos Reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 55-80, abr. jun. 2015.

_____. Merecimento de Tutela: A nova fronteira da legalidade no direito civil. In: RIBEIRO, Ricardo (Coord.); MORAES, Carlos de (Coord.). *Direito UERJ*, v. 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SUNSTEIN, Cass (Org.). *Behavioral Law and Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

_____; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W. W. Norton & Company, 2000.

_____ et al. *Punitive Damages: How Juries Decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002a.

_____. *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*. Chicago: Chicago University Press, 2002b.

_____; KAHNEHMAN, Daniel; SCHKADE, David. Predictably Incoherent Judgments. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 54, n. 6, p. 1153-1215, 2002.

_____; THALER, Richard. Libertarian Paternalism. *American Economical Review*, Pittsburgh, v. 93, no 175, 2003a.

_____; THALER, Richard. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *University of Chicago*, Chicago, v. 70, n. 4, p. 1159-1202, 2003b.

_____; THALER, Richard, JOLLS, Christine. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, July 1998.

_____. *Are Judges Political?*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 2006.

_____. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

_____; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 35, n. 225, p. 199-242, Jan. 2006.

_____. *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. *Worst-Case Scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____; THALER, Richard. *NUDGE: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Ottawa: Institute of Population and Public Health, 2011.

_____. THALER, Richard. In: SHAFIR, Eldar (Org.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012a.

_____. *Why Nudge?*. Yale: Yale Law School, 2012b.

_____. Impersonal Default Rules vs. Active Choices vs. Personalized Default Rules: A Triptych. (não publicado), nov. 2012.

_____. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. *Yale Law Journal*, Nova Haven, Forthcoming , 2012.

_____. *Simpler: The Future of Government*. Nova York: Simon & Schuster, 2013.

_____. Deciding by Default. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 162, n. 1, p. 1-57, 2013

_____. *On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done*. Princeton: Princeton University Press, 2014a.

_____. Requiring Active Choosing is a Form of Paternalism. *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, Cambridge, n. 782, 2014b.

_____. *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014c.

_____. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Cambridge: Harvard Business School Press, 2014d.

_____. Nudges vs. Shoves. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 127, p. 1-10, 2014.

_____. *Active Choosing or Default Rules?: The Policymaker's Dilemma*. Harvard: Cambridge, 2014.

_____. The Ethics of Nudging. *Harvard Law Review Forum*, Cambridge, 2014.

_____. *Behaviorally Informed Health Policy?: Patient Autonomy, Active Choosing, and Paternalism, in Nudging Health*. Harvard: Cambridge, 2015a.

_____. *Constitutional Personae*. Oxford: Oxford University Press, 2015b.

_____. *Choosing Not to Choose: Understanding the Value of Choice*. Oxford: Oxford University Press, 2015c.

_____. Fifty Shades of Manipulation. *Journal of Marketing Behavior*, 2015.

_____. (Org.). *The Economics of Nudge*. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016a.

_____. *The Ethics of Influence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016b.

_____. People Prefer System 2 Nudges (Kind Of). **Duke Law Journal**, Durham, v. 66, p. 121-168, jul. 2016.

_____. *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*. Cambridge: Palgrave Advances in Behavioral Economics, 2017a.

_____. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*. Princeton: Princeton University Press, 2017b.

_____.; MARGALIT, Avishai (Org.). *Normal Rationality: Decisions and Social Order*. Oxford: Oxford University Press, 2017c.

_____. *Can It Happen Here.?* Nova York: Dey Street Books, 2018a.

_____. *Freedom: The Holberg Lecture*, 2018, jun. 2, 2018b.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018c.

_____. *The Cost-Benefit Revolution*. Cambridge: MIT Press, 2018d.

_____. *How Change Happens*. Cambridge: MIT Press, 2019a.

_____.; HOLMES, Stephen. *O custo dos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2019b.

_____. *On Freedom*. Princeton: Princeton University Press, 2019c.

_____. *Trusting Nudges: Toward a Bill of Rights for Nudging*. Londres: Routledge, 2019d.

_____. *Behavioral Science and Public Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020a.

_____. *Too Much Information: Understanding what You don't Want to Know*. Cambridge: MIT Press, 2020b.

_____. *Nudge: The Final Edition*. Nova York: Penguin Books, 2021a.

_____.; KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. São Paulo: Objetiva, 2021b.

_____. *This is not Normal*. Yale: Yale University Press, 2021c.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes*, Ano VI, n. 6, jun. 2005.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. 4ª Ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

_____. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: CONRADO, Marcelo (Org.), PINHEIRO, Rosalice (Org.). *Direito Privado e Constituição - Ensaio para uma Recomposição Valorativa da Pessoa e do Patrimônio*. Rio de Janeiro: Juruá, 2009a.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b.

_____. Autonomia Privada e o Papel da Vontade na Atividade Contratual. *Revista Brasileira De Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2017.

_____. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença, Valença*, vol. 16, n. 1, p. 173-189, jan.-jun./2018a.

_____. Posse e Propriedade na Constitucionalização do Direito Civil: Função Social, Autonomia da Posse e Bens Comuns. SALOMÃO, Luis Felipe (Org.); TARTUCE, Flávio (Org.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. Rio de Janeiro: Atlas, 2018b.

_____.; PEÇANHA, Danielle; DANA, Simone. Os Bens comuns e o controle de desafetação de bens públicos. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 13, n 1, p. 427-445, 2021.

THALER, Richard. *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. Nova York: W. W. Norton & Company, 2016.

TRAVASSOS, Marcelo. A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas, p. 469. Tese (Doutorado), Faculdade de Direito, UERJ, Rio de Janeiro, 2013.

ULEN, Thomas. Behavioral Law and Economics: Law, Policy, and Science. *Supreme Court Economic Review*, Utaka, v. 21, p. 5–42, 2006.

UNDERHILL, Kristen. When Extrinsic Incentives Displace Intrinsic Motivation: Designing Legal Carrots and Sticks to Confront the Challenge of Motivational Crowding-Out. *Yale Journal on Regulation*, Nova Haven, v. 33, p. 213-279, 2016.

UPTON, Harvey. Essays in Behavioural Contract Theory, 173p, Tese (Doutorado) – Escola de Administração, Universidade de Liverpool, Liverpool, mar. 2019.

VILELA MULTEDO, Renata; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 1-21, 2016.

WEINSTEIN, Neil. Unrealistic Optimism about Future Life Events. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 39, n. 5, p. 806-820, 1980.

WILLIS, Laure. When Nudges Fail: Slippery Defaults. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 80, p. 1155-1229, 2013.

_____. Why Not Privacy by Default?. *Berkeley Tech Law Journal*, Berkeley, v. 29, 2014.

ZABONI, Alex. Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes. 67p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____; TEICHMAN, Doron. *Behavioral Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

ZIMMERMAN, Adam. Funding Irrationality. *Duke Law Journal*, v. 59, p. 1106-1176.