

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TAIRINI PASSARINI**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA PRIVADA SOB A PERSPECTIVA  
DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

**CURITIBA,  
2021**

**TAIRINI PASSARINI**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA PRIVADA SOB A PERSPECTIVA  
DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Bruno  
Meneses Lorenzetto

**CURITIBA**

**2021**

## FICHA DE CATALOGAÇÃO

Passarini, Tairini

O direito fundamental à autonomia privada sob a perspectiva do paternalismo libertário. / Tairini Passarini.

-- Curitiba, 2021.

113 f.

Orientador: Bruno Menezes Lorenzetto

Dissertação (Mestrado) – UniBrasil, 2021.

1. Direito Fundamental. 2. Autonomia da vontade. 3. Arquitetura da escolha. 3. Economia comportamental. I. Lozenzetto, Bruno Menezes, orient. II. Título.

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

TAIRINI PASSARINI

### **O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA PRIVADA SOB A PERSPECTIVA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Bruno Meneses Lorenzetto

Componentes: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (membro – PPGD UNIBRASIL )

Prof. Dr. Robison Tramontina (membro –PUC RS)

Curitiba, 28 de junho de 2021

## AGRADECIMENTOS

O processo de crescimento trazido pelo mestrado não é apenas acadêmico. Do ponto de vista pessoal, não reconheço a pessoa que era quando comecei as disciplinas, de uma maneira positiva. Além das árduas horas de estudo e produção, houve também uma mudança mais delicada, na forma como vejo o mundo e as situações que me cercam.

O tema dessa dissertação é fruto dessa mudança de perspectiva, e cada página escrita ajudou a entender um pouco melhor esse universo que é a liberdade de escolha e a individualidade que isso comporta.

Para que isso fosse possível, quero prestar um agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, que teve muita paciência e atenção ao me ajudar a delimitar o tema, a realizar as pesquisas e o processo de escrita como um todo. Agradeço também por ser um exemplo profissional e por ter me motivado e ajudado a seguir em frente em meio ao turbilhão de acontecimentos que foram os anos de 2020/2021.

Agradeço com todo meu amor e carinho à minha família, em especial meus pais, Paulo e Naize, e minha irmã, Naiara, por estarem presentes em todos os momentos da minha vida e me inspirarem carinho, coragem e a sensação de amparo que só a família é capaz de oferecer. Vocês são incríveis, eu não poderia pedir por um lar melhor.

Aos meus amigos, que me ouviram falar interminavelmente sobre o tema e sobre cada texto novo, empolgada, decepcionada, irritada, enfim, inflada com todos os sentimentos que uma boa leitura é capaz de te trazer. Obrigada especial à Larissa, Jéssica, Thiago, Ana Elisa, Ana Helena, Luiza e Juliana, por acreditarem em mim, me acolherem e incentivarem cada vez que eu achava que não seria capaz de concluir.

Aos meus professores e colegas do Mestrado Interinstitucional UniBrasil/Uniguaçu, pelo conhecimento dividido e pelo companheirismo, mostrando que a carreira acadêmica pode ser acessível e é permeada de pessoais incríveis. Guardo enorme admiração por todos.

Aos professores da Uniguaçu, meus colegas de trabalho, por toda experiência dividida e pelo amparo, trabalhar ao lado de vocês é uma oportunidade de valor inestimável. Também aos meus alunos, pelo acolhimento, carinho e participação. A

experiência de lecionar se torna muito mais incrível quando é para pessoas como vocês.

Por fim, mas que não poderia ser deixado de lado, agradeço ao meu gato Legolas, que esteve literalmente ao meu lado (ou em cima de mim) durante todo o processo de leitura, escrita e correção dessa dissertação, atuando como mecanismo anti-stress e me motivando. Também, à Nala, que aguardava ansiosamente os momentos em que eu parasse de escrever para ficar junto (obrigada mãe, por me lembrar de incluir os dois).

## RESUMO

A autonomia da vontade é tema recorrente ao tratar dos conceitos de liberdade. Não é possível que se estabeleça um único conceito de liberdade, pois este é plural e mutável de acordo com o período histórico e as transformações da sociedade, mas continua sendo intrínseco à autonomia privada e a busca do ser humano por aquilo que considera uma boa vida. Nesta seara, o paternalismo libertário busca preservar a autonomia da vontade e a liberdade de escolha ao mesmo tempo em que guia a sociedade na melhor direção para estabelecer os objetivos que esta mesma estabeleceu. O método utilizado para exercer essa influência são os *nudges*, pequenos direcionamentos do indivíduo no caminho que seja o que resultará no maior nível de bem-estar social e individual. Discute-se se a arquitetura de escolhas, modelo pelo qual uma instituição pública ou privada, ou até mesmo um indivíduo particular, realiza *nudges* para guiar alguém ou grupo em determinada direção, é capaz de preservar a liberdade individual e a autonomia da vontade no processo decisório.

**Palavras Chave:** Paternalismo Libertário, Arquitetura de Escolhas, Liberdade, Autonomia da Vontade, Direitos Fundamentais e Democracia.

## **ABSTRACT**

Individual autonomy is a recurring theme when dealing with the concepts of freedom. It isn't possible to establish a single concept of freedom, as it is plural and changeable according to the historical period and the transformations of society, but it remains intrinsic to private autonomy and the search of the human being for what he considers a good life. In this field, libertarian paternalism seeks to preserve the autonomy of the will and freedom of choice while guiding society in the best direction to establish the objectives that it has recognized. The method used to exert this influence is the nudges, a small guidance of the individual on the path that will result in the highest level of social and individual welfare. It is discussed whether the architecture of choices, a model by which a public or private institution, or even a particular individual, performs nudges to guide someone or a group in a certain direction, is able to preserve individual freedom and the autonomy of the will in the process decision-making.

Keywords: Libertarian Paternalism, Choice Architecture, Freedom, Autonomy of Will, Fundamental Rights and Democracy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>1. DIREITO FUNDAMENTAL A AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE ESCOLHA</b> .....	11
1.1 AUTONOMIA INDIVIDUAL E LIBERDADE DE ESCOLHA .....	11
1.1.1 A IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELEECER UMA UNICIDADE CONCEITUAL AO TRATAR DA LIBERDADE .....	18
1.2 DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA PRIVADA .....	25
1.2.1 LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA .....	29
1.3 O RESPEITO À ESCOLHA INDIVIDUAL E AS VARIEDADES DE ESCOLHA ...	32
1.4 RACIONALIDADE E LIBERDADE DE ESCOLHA.....	38
1.5 A AUTONOMIA PRIVADA COMO A DEFINIÇÃO DA BUSCA PELA “BOA VIDA” .....	43
<b>2. O PATERNALISMO LIBERTÁRIO COMO FATOR DE INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO</b> .....	50
2.1 ECONOMIA COMPORTAMENTAL.....	50
2.2 AS BASES DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO .....	54
2.3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO .....	60
2.4 A LINHA ENTRE A ESCOLHA ATIVA E O PATERNALISMO LIBERTÁRIO .....	67
2.5 CRÍTICAS AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO .....	70
2.5.1 SLIPPERY SLOPES.....	70
2.5.2 TRANSPARÊNCIA .....	72
2.5.3 SUBSTITUIÇÃO DAS ESCOLHAS .....	74
2.5.4 VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA .....	75
2.5.5 CONTRADIÇÃO DE TERMOS.....	76
<b>3. A ARQUITETURA DE ESCOLHAS</b> .....	78
3.1 A ARQUITETURA DE ESCOLHA E AS ESCOLHAS COMPLEXAS.....	81
3.2 AS INSTITUIÇÕES COMO PARTE DA ARQUITETURA DE ESCOLHA .....	84
3.3 OS EFEITOS DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS E DAS DECISÕES PADRÃO .....	87
3.4 O USO DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS PARA FINS QUE VÃO ALÉM DA PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR.....	88
3.5 O MODELO DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS DENTRO DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO PERMITE QUE AS PESSOAS TOMEM DECISÕES ADEQUADAS SEM VIOLAR A AUTONOMIA PRIVADA?.....	92

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>97</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade para escolher é tema intrínseco à humanidade em si. Fazer escolhas é fator de interesse e influência na vida de todos os seres humanos, podendo esta ser considerada uma dádiva ou um fardo inesgotável, dependendo da perspectiva adotada para cada situação.

Neste trabalho, no primeiro capítulo, busca-se definir o conceito de liberdade de escolha, perpassando a definição de autonomia da vontade, essencial para o debate do tema central. A capacidade do indivíduo para optar por aquilo que é melhor para si nem sempre atinge seu melhor nível, sendo que muitas vezes deve-se considerar que a escolha mais adequada para a situação está fora do alcance daquele que deveria tomá-la.

Alguns fatores, como a impulsividade, atuam diretamente no modo como os seres humanos veem as opções apresentadas, fazendo com que o julgamento dos cidadãos seja afetado. Nesse sentido, não se pode alegar a existência de uma escolha puramente neutra, já que estamos integralmente sujeitos a interferências externas.

A liberdade individual como direito fundamental encontrará limites, já que nenhum direito fundamental é irrestrito, mas é importante mencionar que esta restrição não será arbitrária, sendo os próprios limites, na verdade, uma forma de garantia.

O conceito de liberdade em si é tema para discussão, na medida em que é impossível estabelecer uma unicidade de conceitos ao tratar de um tema tão presente na história da humanidade, portanto, a própria noção de liberdade passou por diversas transformações na sua interpretação, ainda sendo debatido em seus vieses.

Igualmente importante se mostra tratar da autonomia privada como o poder do sujeito de se autodeterminar, já que vinculada com a liberdade, e de suas limitações, pois um direito absoluto seria considerado uma contradição.

É importante que se estabeleça o respeito às escolhas individuais e as variedades de escolhas, entendendo aquelas onde o indivíduo estará sujeito a escolhas padrão, e respeitando a opção de não escolher que eventualmente será tomada, além da liberdade de errar ou então de escolher a opção que não

necessariamente levará aos objetivos do melhor interesse da pessoa, mas que respeitam suas convicções, como eventuais promessas.

As escolhas arriscadas ou complexas tendem a ser evitadas pelos indivíduos, pois representam um maior gasto de energia na análise das opções ou então na reflexão sobre os resultados, sendo o oferecimento de uma opção padrão considerado bom pela maioria das pessoas nestes casos, desde que isso seja feito por pessoas ou instituições de confiança.

Ainda, o pensamento racional e a liberdade para escolher são conceitos que devem ser estudados em conjunto, já que as particularidades do indivíduo são fatores importantes no processo de tomada de decisão. Definir racionalidade juntamente com autonomia é uma das formas de prever o comportamento dos cidadãos quando determinadas escolhas lhes são oferecidas.

Nesse sentido, não se deve confundir a autonomia e liberdade para realizar escolhas com a opção que trará maior nível de bem-estar para o sujeito que está optando, já que existem uma infinidade de interesses individuais que estão sujeitos a alteração, assim como aquilo que seria considerado como o melhor para si a curto e a longo prazo, conceitos que podem ser diferentes na mesma escolha.

No segundo capítulo, busca-se aprofundar os fatores externos que influenciam direta e indiretamente na tomada de decisão, partindo do paternalismo libertário para demonstrar a impossibilidade de se atingir uma escolha totalmente neutra.

É importante que se defina a economia comportamental, visto que esta é uma das bases do paternalismo libertário, apontando-se as divergências dentre esta e a teoria econômica tradicional, que não considera fatores como as particularidades do comportamento humano, prendendo-se a uma noção simplificada deste.

A economia comportamental busca incorporar o comportamento humano às teorias econômicas, fornecendo uma base de precisão maior para que seja possível prever as escolhas dos sujeitos, levando à possibilidade de oferecer-lhes as melhores opções de acordo com aquilo que desejam.

É nesse sentido que o paternalismo libertário pode ser considerado como um fruto da economia comportamental, pois o conceito de Sunstein e Thaler apresenta diversos pontos em comum, buscando adequar as políticas propostas no campo social, para que o indivíduo possua mais clareza para optar dentre o que lhe será oferecido.

Definem-se as bases do paternalismo libertário para que o entendimento do

conceito seja aprofundado, debatendo os vieses do paternalismo, quando instituições públicas ou privadas realizam a escolha pelo cidadão por acreditar que este não possui a capacidade de optar por aquilo que seria melhor para si mesmo, protegendo-o de danos que poderia causar a si ou a terceiros.

Sobre o libertarianismo, é a doutrina onde a existência do Estado só se justifica quando este for um estado mínimo, já que qualquer forma de intervenção paternalista na vida do cidadão caracterizaria cerceamento do seu poder de decisão, e, portanto, de sua liberdade.

O paternalismo libertário a princípio pode parecer uma noção contraditória, ao juntar dois conceitos tão distintos, mas Sunstein e Thaler explicam que existe um ponto em comum entre ambos, no que diz respeito à cooperação do Estado com os indivíduos para atingir o maior desenvolvimento de suas capacidades, possibilitando que realizem a melhor escolha por si próprios.

Nesse sentido, o paternalismo libertário se mostra como uma forma branda de paternalismo, ao influenciar, por meio de *nudges*, o processo de tomada de decisão, mas sem cercear nenhuma das opções, permitindo que o indivíduo escolha aquela que o prejudica ou que não se mostra como a melhor opção possível.

É uma tentativa de guiar os seres humanos na direção que lhes trará mais bem-estar, aumento da sua qualidade de vida e que trará os melhores resultados para a coletividade, mas sem impedi-lo de agir na contramão caso queira, preservando assim sua liberdade individual.

Apresentam-se também as principais críticas ao paternalismo libertário, *slippery slopes*, a falta de transparência, a interferência na autonomia, a substituição da escolha, e a possível ocorrência de contradição entre seus termos, debatendo também as respostas apresentadas pelos autores.

No terceiro capítulo aborda-se a arquitetura de escolhas, conceito do paternalismo libertário onde uma instituição ou uma pessoa realiza os *nudges* de forma a orientar a população em determinada direção para que um objetivo seja atingido.

Existem mecanismos para qualificar uma arquitetura de escolhas como adequada, tais quais incentivos, entendimento de mapeamentos, escolhas padrão, o fornecimento de “*feedback*” ou respostas, o tratamento de erros esperados e a estrutura das escolhas complexas, utilizados para se evitar qualquer possível desvio, preservando a liberdade.

No caso das escolhas complexas, a arquitetura de escolhas pode falhar, porém, demonstra-se que quanto mais complexa a escolha, maior a chance de o resultado final desta sofrer algum tipo de interferência externa, o que procura-se evitar ou ao menos mitigar por meio de uma arquitetura de escolhas adequada.

As instituições, públicas ou privadas, atuam como parte da arquitetura de escolha quando buscam alavancar novos arranjos de mercado, fornecendo regras padrão e elucidando o que acontecerá se os cidadãos optarem por não escolher.

Deve-se entender que a arquitetura de escolhas pode produzir efeitos que vão além da promoção do bem-estar, sendo, inclusive, sua extensão imprevisível, especialmente quando realizada por particulares, ou quando se encontra certa dificuldade em estabelecer qual valor deve ser perseguido para orientar a sociedade.

É inegável que a arquitetura de escolhas e as decisões padrão podem produzir e, efetivamente, produzem efeitos na sociedade, atingindo efeitos concretos e de grandes dimensões, porém, o questionamento que se busca enfrentar é se o modelo da arquitetura de escolhas dentro do paternalismo libertário permite que as pessoas tomem decisões adequadas sem violar a autonomia privada, pois, conforme supramencionado, é impossível atingir uma escolha puramente neutra.

## 1. DIREITO FUNDAMENTAL A AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE ESCOLHA

### 1.1 AUTONOMIA INDIVIDUAL E LIBERDADE DE ESCOLHA

Fazer escolhas é parte significativa da vida de todos os seres humanos. Dentro da tomada de decisão deve-se notar que estas são, muitas vezes, feitas de forma inconsciente, o que pode vir a prejudicar a pessoa que a toma quando o resultado acabar divergindo do esperado.<sup>1</sup>

Um dos fatores que devem ser levados em consideração ao se pensar no processo de fazer uma escolha é que, em grande parte das vezes, o indivíduo não é dotado das condições necessárias para analisar a completude da situação onde a escolha deve ser feita de forma adequada (capacidade), incorrendo neste cenário em opções menos benéficas a ele ou à sociedade. Nesta seara, a noção básica a que se deve atentar é a de efetivações<sup>2</sup> (no sentido das conquistas obtidas por uma pessoa), concebidas como elementos constitutivos da vida.

A capacidade de alguém para fazer a escolha mais adequada para si, e capaz de garantir um maior nível de bem estar, reflete suas várias efetivações possíveis e concepções de vida, destacando a liberdade pessoal do indivíduo para escolher entre vários modos de viver<sup>3</sup>, o que, por certo, influenciará sua tomada de decisão, levando-o a crer que determinada opção seja melhor do que a outra em razão de valores pessoais variáveis, quando em verdade exclui diversas alternativas possíveis porque não pode atingi-las em seu estado de vida atual, ou seja, não possui a capacidade necessária para que seu leque de opções seja ampliado. Isso pode até mesmo fazer com que o sujeito nem mesmo considere aquela opção como algo viável, reduzindo suas possíveis alternativas em razão da realidade que vivencia.

A conceituação popular de autonomia da vontade baseia-se na presunção de

---

<sup>1</sup> KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos. **Choices, values, and frames**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000, p. 341.

<sup>2</sup> SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**. n.28-29,1993, pp. 313-334.

<sup>3</sup> *Ibid. passim*.

que as escolhas das pessoas deveriam ser completamente livres de interferência externa, para que assim se avalize a efetivação plena de sua vontade interior. No entanto, merece destaque a questão de que parte dos indivíduos não possui expectativas racionais e faz previsões inconsistentes, mudando a opção escolhida a depender da forma como o problema é formulado, e assim demonstrando uma imensa instabilidade.<sup>4</sup>

A impulsividade como fator preponderante na tomada de decisão de várias pessoas é considerada por Jon Elster<sup>5</sup> como uma atitude compulsiva que prejudica o julgamento do cidadão pelo hábito de agrupar escolhas, criando o perigo da inconstância ou da mudança irracional de preferências (que deveriam guiar o indivíduo na busca por resultados que derivam das escolhas por ele tomadas).

Não se pode afirmar a existência de uma escolha puramente neutra, livre de qualquer influência alheia. Os fatores externos interferem diretamente na escolha, mesmo quando essa persuasão ocorra de maneira velada.

Vários ideais consolidados na sociedade estão atrelados à liberdade de escolha, como por exemplo, o próprio conceito de democracia, que se vincula com o livre arbítrio individual, fundamentando-se na vida do indivíduo que, frente aos problemas que lhe são apresentados em sua existência, opta pelo que lhe parece melhor, sem que precise passar pelo apoio ou pelo crivo da coletividade, tendo sua escolha referenciada apenas por ele mesmo, individualmente, o que demonstra que, em verdade, a sociedade se organiza segundo esse direito de escolha individual, considerado um bem maior, um princípio, mesmo que implícito em muitos diplomas legais.<sup>6</sup>

Dentro das relações jurídicas um ser humano manifestará sua capacidade de realizar uma escolha expressando o seu arbítrio, por meio de uma amostra de liberdade que irá determinar a sua atuação no ambiente comunitário, sendo o poder de autodeterminação individual uma consequência da liberdade como expressão da dignidade humana.<sup>7</sup> Portanto, a neutralidade não existe de maneira concreta quando

---

<sup>4</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, 2003. pp. 175-179

<sup>5</sup> ELSTER, Jon. **Sour Grapes - Studies in the subversion of rationality**. Cambridge University Press, First published 1983. pp. 08

<sup>6</sup> LERRER ROSENFELD, Denis. Democracia e Liberdade de Escolha. **Revista Opinião Filosófica**, v. 1, n. 1, fev. 2017. pp. 03-06

<sup>7</sup> LIMA, Jairo Néia. Colisão e Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.5, n.5 (jan./jun. 2009) Curitiba: UniBrasil, 2009. pp

se está discutindo a expressão dos valores internos e externos dos seres humanos que levam à tomada de decisão.

É necessário considerar a existência de uma guia moral pessoal do sujeito, a qual pode levá-lo a optar por seguir as escolhas do grupo de identidade em que está inserido, ou então o caminho que o grupo de indivíduos considerados “intelectuais” ou que se destaquem nesse sentido apontem como o correto, mesmo que isso se mostre diverso ao que ele considera “melhor” internamente, pois existe a necessidade, mesmo que inconsciente, de ser aceito pelo grupo.

Existe a possibilidade igualmente legítima de não escolher<sup>8</sup>, onde uma parcela da sociedade optará por quedar-se inerte frente às alternativas apresentadas, por razões variáveis que podem envolver o custo psicológico da escolha ou a vontade de esquivar-se de possíveis responsabilidades ou danos colaterais causados pelos resultados, já que esta pode ser vista como um fardo ou como uma dívida inestimável por aquele que deve decidir.<sup>9</sup>

Reforça-se o papel de destaque do agente, que não se encontra sujeito a meramente aplicar um princípio rigidamente aprendido e pouco dinâmico para situações que são em maioria flexíveis, mas sim como um ser capaz de interpretar e efetivar mais de um conceito, buscando a melhor solução para o dilema a ser enfrentado com base em conceitos internos e externos, conciliando-os conforme necessário.

Sob a égide adotada destaca-se que em um ambiente de acentuado pluralismo, conceitos conflitantes como de bem/mal, bom/ruim, dentre outros, geram tensão, a qual pode ser radicalizada por aqueles que compõem a sociedade, influenciando os espaços de liberdade e a maneira como a opinião interna é externalizada ao grupo.<sup>10</sup>

Devido a esse compartilhamento constante de conceitos entre os seres humanos foram criados alguns valores de validade universal, os direitos fundamentais, assim tratados no plano interno (enquanto que internacionalmente

---

03-05

<sup>8</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp 1161-1663

<sup>9</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp 12-15

<sup>10</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. **OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito. Orientadora: Prof. a Dr.a Katya Kozicki pp 180-181

trata-se “direitos humanos”), embasados na autonomia das pessoas e que ignoram divisas físicas e até mesmo de ordem cultural e social, visando garantir o mínimo para que todos possam viver com, ao menos, relativa igualdade, e de forma que seja considerada digna.<sup>11</sup>

A liberdade individual é vinculada aos direitos fundamentais, o que pressupõe que encontrarão limites, porém sempre preservando seu núcleo de sentido. O Estado pode estabelecer limites à autonomia da vontade do cidadão, usando do seu direito de proteger àqueles que estejam em situação de vulnerabilidade, e frequentemente irá fazê-lo.

Por certo que essa restrição não é feita de maneira arbitrária, podendo acontecer somente em decorrência da existência de outros valores constitucionais relevantes e previamente estabelecidos como tal. A teoria dos direitos fundamentais serve de base para o nascimento do constitucionalismo, portanto, é do surgimento do direito constitucional que nascem os direitos fundamentais<sup>12</sup>, e estes devem encontrar limites.

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.

Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades’, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

Utilizando a liberdade de conformação, que pressupõe que alguns direitos fundamentais precisam ser concretizados pelo legislador, especificando-se seu conteúdo e função<sup>14</sup>, encontra-se a reserva legal, que narra que pode haver restrição

---

<sup>11</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p.43

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. *passim*

<sup>13</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 528

<sup>14</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007

a um direito fundamental quando expressamente outorgada pela Constituição essa tarefa ao legislador ordinário.

Nesse sentido, a norma constitucional é simultaneamente uma norma de garantia, na medida em que reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental, e uma norma de autorização de restrições, já que autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.<sup>15</sup>

A reserva legal pode ser simples ou qualificada, sendo simples quando o direito fundamental for tratado por lei apenas em sentido formal, e qualificada quando a Constituição exigir lei específica, já definindo as restrições que esta lei pode estabelecer, a fim de garantir maior estabilidade à matéria e a proteção a determinados princípios.<sup>16</sup>

No entanto, é preciso que as restrições estabelecidas não sejam tão grandes que transformem o direito em uma mera concha vazia, esvaziando completamente seu conteúdo, de modo que seu núcleo essencial deve sempre ser preservado.<sup>17</sup>

Dessa premissa advém a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais, por meio da qual as limitações às restrições poderiam ser consideradas como a necessidade de respeito ao núcleo essencial desses direitos e a obrigatoriedade de adequação ao princípio da proporcionalidade.

Acerca da proteção do núcleo essencial, determina-se que o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar uma determinada fronteira, que resultaria no esvaziamento do conteúdo desse direito. As teorias sobre o núcleo essencial do direito fundamental são a absoluta, segundo a qual o núcleo essencial não pode ser violado em hipótese alguma, e a relativa, que determina que o núcleo básico pode variar de acordo com o caso concreto.<sup>18</sup>

Sobre o princípio da proporcionalidade, este permite analisar a legitimidade das restrições aos direitos fundamentais para verificar se respeitam a justa medida entre causa e efeito, sendo apontados como seus elementos a necessidade (exigibilidade),

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007 *passim*

<sup>16</sup> DEMARCHI, Clovis; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. Teoria dos limites dos limites: Análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais** Minas Gerais v. 1 n. 2. Jul/Dez. 2015. Pp 73-89

<sup>17</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007 *passim*

<sup>18</sup> *Ibid.*

a adequação e a necessidade, vedando atos que, apesar de utilizarem os meios corretos, abusam na quantificação.<sup>19</sup>

A concepção da teoria dos limites dos limites é relacionada com o caráter de princípio dos direitos fundamentais, que, como mandamentos de otimização, podem ser cumpridos em diferentes graus.<sup>20</sup>

Sobre a liberdade, destaca-se que esta existe em duas dimensões: a liberdade positiva, que trata da extensão da capacidade de uma pessoa para atingir ou ter a possibilidade de atingir aquilo que supra sua vontade individual (“liberdade para” – alguma coisa), e a negativa, que por sua vez se refere a ausência de obstáculos, restrições ou proibições que o Estado ou alguém possa impor à liberdade de outra pessoa (“liberdade de” – alguma coisa).<sup>21</sup>

No conceito de capacidade do indivíduo em relação à autonomia da vontade, está intrinsecamente relacionado com a liberdade de escolha, especialmente a liberdade positiva, e também com a liberdade em sentido amplo, pois o conjunto de capacidades de alguém representa a liberdade pessoal de fazer várias combinações de efetivação.<sup>22</sup>

Ainda, as combinações disponíveis para a escolha podem ser todas relevantes para que se avalie o que é vantajoso, mesmo que no final seja escolhida apenas uma das alternativas possíveis, pois, a escolha é, por si mesma, a característica valiosa que deve ser exaltada como reflexo da liberdade.<sup>23</sup>

Se for considerado que a liberdade é apenas instrumentalmente importante, o interesse no conjunto de capacidades de alguém estará restrito às oportunidades que são oferecidas para que este indivíduo alcance situações que para si sejam desejáveis, pois apenas estas seriam valiosas em si mesmas, desvalorizando as oportunidades, que seriam então meros meios de atingi-las, e desvinculados da noção de liberdade.

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 3, n. 12. Porto Alegre: 2003. P. 111

<sup>20</sup> SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: Proteção e Restrições**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2001. P. 69 e ss.

<sup>21</sup> MURAMATSU, Roberta, FONSECA, Patrícia. Freedom of choice and bounded rationality: a brief appraisal of behavioral economists' plea for light paternalism. **Brazilian Journal of Political Economy**, vol. 32, nº 3 (128), July-September/2012. Pp. 445-458

<sup>22</sup> SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**. n.28-29, pp.313-334, 1993. Pp. 316 e ss.

<sup>23</sup> *Ibid.* pp. 316 e ss.

Amartya Sen<sup>24</sup> salienta dentro desta conjuntura que as pessoas possuem valores pessoais os quais querem garantir e continuar exercendo, e isso não tolhe sua liberdade de escolha no sentido da busca por seu bem-estar, que reflete na satisfação de suas preferências pessoais, portanto, indivíduos poderão tomar decisões que não lhe agradam para cumprir compromissos que tenham estabelecido anteriormente e manter sua palavra, por exemplo, e isso não é uma forma de coação ilegítima, pois garante a liberdade de escolher, mesmo que essa escolha não seja tomada do ponto de vista utilitarista. Nesse sentido, o que se busca valorizar é efetivamente a liberdade de tomar a decisão, e não a quantidade de bem-estar trazida pelo resultado.

A autonomia privada representa um papel importante na definição de liberdade, sendo a primeira em sentido amplo descrita como a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual<sup>25</sup> (autodeterminação), envolvendo aspectos ligados a questões existenciais das mais diversas, mas também a dimensão prosaica da vida humana em sociedade, como negócios jurídicos de caráter patrimonial, salientando neste âmbito que não cabe ao Estado e nem mesmo à Constituição designar os fins que cada pessoa humana deve perseguir, ou os valores e crenças que adotarão inerente à sua existência, competindo ao indivíduo adotar por conta própria suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes, sendo os particulares titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva essencialmente do respeito à dignidade.<sup>26</sup>

Diferencia-se a autonomia privada individual da coletiva, na medida em que esta última visa realizar a satisfação de interesse coletivo, do grupo, e a primeira visa a satisfação de interesse pessoal, individual, pertinente à pessoa singularmente considerada.

Existe também diferenças quanto a estrutura destas, seus limites internos e externos, além do grau de relevância dos interesses envolvidos, considerando-se interesses públicos aqueles que dizem respeito à comunidade máxima, composta por seus indivíduos e grupos, enquanto que o interesse coletivo é representado por uma

---

<sup>24</sup> SEN, Amartya, *Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory, CHOICE, WELFARE, AND MEASUREMENT* 84, 88–99, 1982. Pp. 90 e ss.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 pp. 186 e ss.

<sup>26</sup> *Ibid.* Pp. 188 e ss.

pluralidade de pessoas que visam satisfazer uma necessidade comum, não sendo considerada a soma dos interesses individuais, mas sim sua combinação indivisível.<sup>27</sup>

De início, a proteção conferida pelo Estado era direcionada ao aspecto econômico-negocial, deslocando-se posteriormente para a esfera das relações humanas existenciais, buscando equilibrar-se em torno de dois conceitos distintos de liberdade, quais sejam, a liberdade do cidadão de participar da formação da vontade do Estado como co-autor do destino da coletividade, e a liberdade individual, referente à fruição pacífica da independência privada, a autodeterminação individual.<sup>28</sup>

Discute-se até que ponto um ato aparentemente livre, de um cidadão hipossuficiente, é apenas por ele decidido, resultando unicamente de sua autodeterminação, em uma relação com outro que seja mais poderoso, não sendo resultado do produto de constrangimentos externos, sejam estes de origem econômica, social, dentre outras, voluntárias por parte daquele que coage ou involuntárias, mas ainda assim presentes.

### 1.1.1 A IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELEECER UMA UNICIDADE CONCEITUAL AO TRATAR DA LIBERDADE

É impossível que se estabeleça um sentido único de um conceito tão importante quanto a liberdade, considerado constitutivo das sociedades plurais. Ao se entender a sociedade como algo além da mera soma dos indivíduos que a compõe, coloca-se inviável um conceito estático dos seus valores principais, estando a liberdade dentre eles.

A concepção ampliada de liberdade reconhece seu caráter plural e concreto, ao mesmo tempo em que não ignora sua forte carga ideológica. Portanto, impende identificar e compreender qual perfil da liberdade se adequa ao conceito de autonomia

---

<sup>27</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 135-159, 2007 *passim*

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 pp. 190 e ss.

privada aqui tratado.

Identifica-se a existência da liberdade positiva e da liberdade negativa e, dependendo da aceção escolhida, os resultados a que se chega podem mudar drasticamente. Constant trata a discussão da seguinte maneira, abordando a liberdade dos modernos e dos antigos de maneira a contrapô-las:

Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade. É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não podar ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. Comparai agora a esta a liberdade dos antigos. Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada e concedido a independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos. Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. Em Esparta, Terpandro não pode acrescentar uma corda à sua lira sem ofender os Éforos. Mesmo nas relações domésticas a autoridade intervinha. O jovem lacedemônio não pode livremente visitar sua jovem esposa. Em Roma, os censores vigiam até no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes e, como tudo dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem<sup>29</sup>.

Desta forma, o indivíduo “antigo” seria quase sempre soberano quando estivesse tratando de questões públicas, porém não gozaria da mesma liberdade em âmbito privado, estando limitado e reprimido pela constante observação do corpo coletivo, enquanto que o indivíduo “moderno” é independente na vida privada, mas

---

<sup>29</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. pp. 02-03

soberano apenas em aparência, pois esta será quase sempre restrita, pois, quando decida exercer sua soberania, será em épocas determinadas, e quase que sempre para abdicar a ela.<sup>30</sup>

Além da economia, a liberdade é igualmente importante para a teoria política, que não deve ser negligenciada por ser um assunto instável, não dotado de conceitos fixos e de unidade de método, pois seria como permitir-se estar a mercê de crenças políticas primitivas e não criticadas, negando-se o poder das ideias e assumindo que ideais são meros interesses materiais disfarçados.<sup>31</sup>

Isaiah Berlin<sup>32</sup> é de grande importância ao se tratar da liberdade, pois desenvolveu um argumento onde aborda-a de forma dicotômica, apresentando suas acepções como liberdade positiva e liberdade negativa.

A liberdade positiva é caracterizada como “autodomínio”, enquanto que a liberdade negativa é concebida como “não interferência”. A liberdade negativa é um conceito que prevalece entre os liberais e libertários, e trata da ausência de coerção, sobretudo nas relações privadas, enquanto que a liberdade positiva, que prevalece entre os que se denominam igualitários, aborda mais especificamente a autodeterminação inerente ao indivíduo, e não de questões externas a este.<sup>33</sup>

Ainda sobre a liberdade negativa, tratando da liberdade política, será uma área dentro da qual um ser humano pode agir sem que seja obstruído por outros. Porém, a coerção (que seria a forma de tolher a liberdade do indivíduo), não é um termo que abrange toda forma de incapacidade humana, implicando apenas na interferência deliberada de outros seres humanos, com ou sem a intenção de frustrar o objetivo de outrem, na área onde um sujeito poderia agir de outra forma.

Desta feita, não se terá liberdade política quando alguém for impedido de atingir um objetivo por outros seres humanos, ignorando-se a mera incapacidade de atingir um objetivo sem relação com interferência de terceiros. Utilizam-se outras expressões como “Liberdade econômica” e “escravidão econômica”<sup>34</sup>. Portanto, o uso deste termo é vinculado com uma situação social particular e com a teoria econômica e seus

---

<sup>30</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. pp. 02-16

<sup>31</sup> BERLIN, Isaiah. **TWO CONCEPTS OF LIBERTY. Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969 *passim*

<sup>32</sup> *Ibid. passim*

<sup>33</sup> *Ibid. passim*

<sup>34</sup> *Ibid. passim*

conceitos de pobreza (escravidão econômica como opressão).

Um dos autores que aborda a liberdade negativa em sua obra é Robert Nozick<sup>35</sup>, que entende que a liberdade individual está vinculada a um sistema de direitos plenos de propriedade, considerando inadmissível a existência de paternalismo, pois esse tipo de política prejudica a liberdade daqueles que não se beneficiam dela e não tem poder de decisão sobre ela, sendo portanto, parcial.

Rejeita a restrição da liberdade individual na perseguição de fins e objetivos sociais, sugerindo uma liberdade negativa bastante ampla, um espaço onde proíbe-se, basicamente, apenas a violação a direitos alheios, valorizando a ausência de coerção, sobretudo a estatal. Envolve a noção de um espaço onde inexiste coerção, e pressupõe a proteção do Estado a esse espaço, por meio de leis.

Berlin<sup>36</sup> aponta que a “liberdade natural” poderia levar a um estado de caos social onde os seres humanos poderiam interferir livremente na vontade de outrem, logo as necessidades mínimas dos indivíduos não seriam satisfeitas, ou então a liberdade dos fracos seria suprimida pela liberdade dos fortes, porque os propósitos e atividades humanas não se harmonizam automaticamente, valorizando outras metas, como justiça, felicidade, cultura, segurança e outras variações da igualdade, podendo restringir a liberdade para que esses valores sejam alcançados, garantindo-se, em verdade, a própria liberdade, o que levou autores como Locke, Mill, Constant e Tocqueville a acreditarem que deveria existir uma certa área mínima de liberdade pessoal que não deveria ser violada em hipótese alguma, pois, isto impediria que o sujeito tivesse o desenvolvimento de suas faculdades naturais, o que tornaria impossível que criassem e perseguissem os fins considerados bons, corretos, ou mesmo sagrados. Deveria então ser traçada uma fronteira entre a área da vida privada e a área da autoridade pública.

Questiona ainda o que é a liberdade para aqueles que não podem fazer uso dela? E também qual o valor da liberdade sem as condições adequadas para que se possa fazer uso desta? Apresenta como resposta que, em algumas situações, a liberdade individual não será primordial, pois esta não é a mera ausência de qualquer tipo de frustração. Aponta que os liberais acreditam em “igualdade de liberdade”, a justiça em seu sentido mais amplo e universal, pois a liberdade não é a única meta do

---

<sup>35</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994 pp. 181-185

<sup>36</sup> BERLIN, Isaiah. TWO CONCEPTS OF LIBERTY. **Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969 *passim*

ser humano.<sup>37</sup>

Berlin<sup>38</sup> apresenta a liberdade positiva como derivada do desejo do indivíduo de governar a si mesmo, não dependendo portanto de forças externas de qualquer tipo, e, logo, não sendo o instrumento dos atos de outros homens. Deseja-se um sujeito que seja movido por razões e propósitos conscientes, e não por causas externas que lhe afetam, concebendo objetivos próprios e realizando-os como um ser racional que tem consciência de si mesmo, responsabilizando-se por suas escolhas e explicando-as por meio de referências a seus próprios ideais e propósitos. A liberdade consiste então em não ser impedido de escolher.

A liberdade positiva é geralmente defendida por teóricos igualitários, como Amartya Sen<sup>39</sup> (liberal igualitário), que aponta que a liberdade está vinculada com a capacidade concreta de realizar aquilo que cada indivíduo valoriza particularmente, não estando meramente afeita à ausência de coerção, e sim à autodeterminação do ser humano.

Esse conceito coloca a liberdade como uma forma de poder, ou então a ausência deste, variando com a expansão da capacidade do indivíduo que deverá fazer uma escolha. Desta forma, será mais livre aquele que tiver mais capacidade, e portanto, este também contará com mais poder para efetivar suas preferências pessoais lícitas.

Existe uma inter-relação entre liberdade individual e coletiva que não pode ser ignorada. A sociedade possui uma dimensão multifacetada, onde se desenvolvem variadas concepções de bem, assim como compreensões diversas sobre o valor da liberdade e seu próprio conceito.

É necessário que se entenda a impossibilidade de interpretar o indivíduo como um dado coletivo, ou então interpretar a sociedade como a soma dos indivíduos que a compõe, pois isso levaria a conclusões deturpadas.

Berlin<sup>40</sup> demonstra que a liberdade positiva e a liberdade negativa entrarão em conflito, pois as concepções de liberdade derivam diretamente das visões que constituem um ser humano como algo individual. Nesse sentido, a liberdade pode ser

---

<sup>37</sup> BERLIN, Isaiah. TWO CONCEPTS OF LIBERTY. **Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969

<sup>38</sup> *Ibid.* pp. 143 e ss.

<sup>39</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 pp. 29-34

<sup>40</sup> BERLIN, op. cit. pp 118-172

feita para significar tudo o que o manipulador deseja que seja, extrapolando o viés acadêmico da situação.

A igualdade social, tida como um dos requisitos de efetivação da liberdade positiva, conflita diretamente com a liberdade negativa, pois ao influenciar positivamente na situação social daqueles menos favorecidos (o que poderia vir a gerar um sentimento de virtude e harmonia social em contraposição à vergonha do convívio com a desigualdade), afeta-se a liberdade individual de sujeitos que faziam uso da situação para atingir seus fins privados.<sup>41</sup>

Há possibilidade de coexistência entre a liberdade positiva e a liberdade negativa, mas isso não se aplica aos conceitos de liberdade como abstração e liberdade como efetividade.

A primeira trata-se da liberdade assegurada formalmente, a qual, em tese, todos os indivíduos podem exercer sem que sofram coerção por parte do Estado, enquanto que a segunda trata da possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza. O primeiro conceito ignora limites ou condicionamentos concretos, bem como condições objetivas de exercício, e o segundo pressupõe um determinado arranjo de capacidades para que possa ser plenamente efetivado e não limite a liberdade efetiva.<sup>42</sup>

Tratando-se da liberdade efetiva, traz a lume Sen<sup>43</sup>, que mesmo que um indivíduo tenha um amplo espaço de liberdade negativa assegurado, pode ter um conjunto de capacidades deficitário que o impedirá de exercer plenamente essa liberdade que recebeu de maneira abstrata.

Ou seja, asseguram-se as opções formais, mas não materiais de exercício de liberdade de escolha, destacando-se que o conjunto de capacidades não necessariamente está vinculado à renda do indivíduo, abrangendo questões mais complexas como o contexto social em que está inserido, suas crenças e questões pessoais das mais diversas.

---

<sup>41</sup> COSER, Ivo. Dois Conceitos de Liberdade 60 anos após a sua publicação. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS** - VOL. 34 N° 100, 2019. Pp. 02-07

<sup>42</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin, 2009.

<sup>43</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 pp. 29-50

Compreende-se que as liberdades substanciais antecedem as liberdades formais por serem uma condição de exercício para estas. Quanto mais amplo o conjunto de capacidades de um sujeito, mais materialmente livre ele será, podendo exercer a liberdade de escolher efetivamente dentre o conjunto de opções apresentado, não estando apenas formalmente livre para fazê-lo, mas incapaz por outras questões relativas aos seus diversos contextos internos e externos mencionados anteriormente.<sup>44</sup>

Rawls<sup>45</sup> trabalha a prioridade das liberdades em duas regras, tratando a primeira de que as liberdades básicas somente poderiam ser restringidas em nome da liberdade, de forma que a redução de uma liberdade venha a fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos, ou então, que uma liberdade desigual deveria ser aceitável para aqueles que têm a liberdade menor; a segunda regra, por sua vez, prioriza a justiça sobre a eficiência e sobre o bem-estar, sendo que a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença, e, logo, uma desigualdade de oportunidades deveria aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor, depois de avaliados todos os fatores.

Ainda, os conceitos de liberdade, por mais plurais que sejam, não são excludentes, embora possam concretamente entrar em colisão. Dentro do conceito de Sen<sup>46</sup>, a liberdade deve ser tomada tanto como garantia formal quanto como liberdade efetiva, e a amplitude desta liberdade estará vinculada com o conjunto capacitório do indivíduo sujeito a fazer uma escolha, que terá mais ou menos possibilidade de realizar e efetivar aquilo que valoriza individual ou coletivamente.

A maneira plural de se pensar a liberdade traz repercussões no âmbito da liberdade de escolha, visto que, dependendo do conceito que seja adotado, o resultado para considerar uma escolha livre de interferência externa será diferente.

Mesmo com essa possível variação de resultados, não se pode tentar impedir a pluralidade de resultados e tornar a escolha mais previsível por meio do estabelecimento de um único conceito de liberdade que seja considerado o

---

<sup>44</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin.

<sup>45</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: M. Fontes, 1997 pp. 211-275

<sup>46</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 pp. 29-50

verdadeiro, porque a liberdade em si é algo entranhado na sociedade e portanto, mutável, instável e complexo, sujeito a transformações que alcançarão os resultados das escolhas.

Não se pode prever completamente os resultados das escolhas tomadas, de forma que a análise de todos os fatores individuais que envolvem a tomada de decisão ainda é o meio mais próximo de prever o resultado, porém não completamente apurado.

## 1.2 DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA PRIVADA

Alexy<sup>47</sup> afirma que na grande maioria dos casos os direitos fundamentais se expressam na forma de princípios, devendo ser tratados como tal. Nesse sentido, em caso de colisão, deve-se analisar se esta ocorre de forma estrita ou amplamente.

A colisão de direitos fundamentais será de forma estrita quando o exercício ou realização de determinado direito fundamental acarrete consequências negativas em relação a outro direito fundamental de outra pessoa, subdividindo-se em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais diferentes.<sup>48</sup>

As colisões de direitos fundamentais idênticos se subdividem em quatro tipos:

- a) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, estando ambos do mesmo lado. Ex: 2 (dois) grupos pedem para fazer uma manifestação no mesmo lugar e no mesmo horário (direito de reunião);
- b) quando os dois sujeitos são afetados em relação ao mesmo direito fundamental, porém enquanto um exerce um direito de defesa liberal, o outro tenta exercer um direito de proteção. Ex: quando um policial mata um sequestrador para salvar o refém (direito à vida);
- c) quando entram em conflito o lado positivo e o negativo do mesmo direito. Ex: direito à crença (direito de praticar ou não alguma crença);
- d) quando entram em conflito o lado jurídico e o lado fático do mesmo direito. Ex: gratuidade da justiça (igualdade formal/jurídica e igualdade material/fática).<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Pp. 32 e ss.

<sup>48</sup> Ibid. Pp. 32 e ss.

<sup>49</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016. Pp. 140 e ss.

Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem quando o exercício ou realização de um direito fundamental acarreta consequências negativas em relação a bens coletivos.<sup>50</sup>

Na colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, é impossível que se declare qualquer deles inválido, devendo seu núcleo essencial ser protegido e a proporcionalidade analisada de acordo com o caso concreto, evitando que um dos direitos seja transformado em uma concha vazia. Para tentar encontrar uma solução para esses conflitos, Alexy<sup>51</sup> parte da técnica do sopesamento ou balanceamento, defendendo que todos os princípios, abstratamente, possuem a mesma importância, portanto, em caso de colisão deve ser analisado o caso concreto, com suas consequências fáticas e jurídicas, para inferir qual deles deve prevalecer.

Neste cenário, o autor aponta que o procedimento para a solução de colisões é a ponderação, realizada a partir do princípio da proporcionalidade, o qual deve sempre seguir a ordem de seus três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>52</sup>

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.<sup>53</sup>

A necessidade da regra da proporcionalidade para que se solucione a colisão entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura destes, e não de algum dispositivo constitucional.<sup>54</sup>

Desta feita, conflitos privados que envolvam direitos fundamentais e a autonomia da vontade podem ser tratados por meio da aplicação do método da ponderação, pois há colisão de princípios.<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016. Pp.140 e ss

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. Editora Malheiros, São Paulo, 2006 pp. 32-39

<sup>52</sup> *Ibid. passim*

<sup>53</sup> *Ibid.* Pp. 116-117

<sup>54</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>55</sup> LIMA, Jairo Néia. COLISÃO E RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE

Apesar de não prevista expressamente na Constituição Federal, a autonomia privada tem fundamento constitucional e status de direito fundamental baseado em tratados internacionais e normas implícitas dentro da legislação brasileira.<sup>56</sup>

Ao dizer que determinados direitos são fundamentais entende-se que, necessariamente, determinadas estruturas necessárias foram desenvolvidas, bem como estruturas possíveis foram realizadas, portanto, a teoria dos direitos fundamentais beneficia-se do conhecimento jurídico-filosófico existente, devendo esta compor um ideal teórico, englobando enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, formulado no âmbito das três dimensões e que as combine de maneira otimizada.<sup>57</sup>

A autonomia privada possui um caráter mais objetivo do que a autonomia da vontade, na medida em que pode criar, nos limites da lei, normas jurídicas. A autonomia da vontade, por sua vez, necessita de um senso de autorregulamentação, sendo assegurada uma liberdade negativa para que isso aconteça, delimitada por um espaço de coerção que determinará o que é lícito e o que é proibido<sup>58</sup>. Ainda, pode-se entender a autonomia privada como um poder assegurado formalmente pela ordem jurídica, em um sentido de liberdade positiva, conforme leciona Luigi Ferri<sup>59</sup>.

A autonomia é mais restrita do que a liberdade pois compõe uma expressão complexa desta sem esgotá-la. Uma das dificuldades que pode ser apontada nesta seara é a de escapar do aparato formal jurídico, de difícil adaptação às situações existenciais, que em geral são particulares e demandam lógica de compreensão diversa, assim como lógica de aplicação voltada para o caso concreto.

O conceito de autonomia privada ganha um sentido autônomo e operativo ao criar a própria noção de negócio jurídico, acentuando o caráter de realização da liberdade econômica.<sup>60</sup>

---

PARTICULARES. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** pp. 03-05

<sup>56</sup> *Ibid.* pp 03

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Editora Malheiros, São Paulo, 2006 pp. 32-39

<sup>58</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin, 2009

<sup>59</sup> FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957, apud RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin. 2009

<sup>60</sup> PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982 pp. 13-14

A liberdade é um direito fundamental do ser humano, logo, o princípio da autonomia privada escora-se neste, pois engloba os aspectos de fazer suas próprias escolhas na vida, dentre outros relacionados, sendo que se o indivíduo for incapaz de efetivar essa liberdade para fazer suas escolhas, será considerado incapaz para a sociedade civil<sup>61</sup>. Desta forma, a autonomia privada extrapola o âmbito meramente formal, abstrato, não podendo ser pensada unicamente em termos negociais.

Alguns princípios básicos fundamentam a existência dos direitos fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio aberto do qual “nascem” os direitos fundamentais, uma espécie de tronco comum do qual estes derivam.<sup>62</sup>

O direito fundamental é aquele considerado básico, intrínseco a todos os seres humanos, independentemente de qualquer condição pessoal única. Estes direitos compõem um núcleo inatingível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica. Em geral, são aceitos mundialmente, sob o título de direitos humanos quando tratados em âmbito internacional, independentemente de barreiras territoriais, apesar de, em alguns casos, estes direitos serem dependentes do Estado para serem efetivados, pois isso não ocorre por si só.

Os direitos fundamentais podem conflitar entre si, então não é possível tratar de um direito absoluto, e em casos de colisão não existe uma solução abstrata pronta para ser aplicada a todos os conflitos igualmente, devendo ser analisado o caso concreto para que se chegue ao resultado que será efetivado, com base no critério da proporcionalidade, ou cedência recíproca, procurando um consenso que dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito, pois não se pode sacrificar totalmente um dos direitos em prol do outro.<sup>63</sup>

Não se pode assumir que um direito não é fundamental apenas porque não se encontra expressamente escrito na Constituição Federal, visto que alguns foram construídos pela doutrina ou aceitos por tratados internacionais, respeitados os seus limites para que haja sempre proteção do núcleo essencial do direito fundamental que

---

<sup>61</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Envelhecendo com autonomia**. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 pp 639-653

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. pp. 92

<sup>63</sup> *Ibid.* pp 134-135

venha a colidir com outro, assegurando-se que a restrição somente será aplicada quando necessária por ser o único meio que possa garanti-los, e que esta seja o menos gravosa possível.<sup>64</sup>

Nesta seara, a autonomia privada é um direito fundamental do ser humano, visto que para que seja efetivada a dignidade da pessoa humana é necessário que o indivíduo tenha a liberdade de realizar as escolhas que considere melhores para si, desde que estas não afetem terceiros e estejam de acordo com a lei.

Destaca-se que as escolhas podem estar no plano de liberdade positiva e negativa, sendo condutas que não são proibidas pelo Estado, e que ele opte por estas ativamente ou não, escolhendo por um modelo de opções padrão que lhe agrade ou delegando-as àqueles que considere que tenham mais capacidade para decidir o que será melhor para si.

### 1.2.1 LIMITAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é o poder do sujeito de se autodeterminar e, por consequência, definir também a sua esfera jurídica,. Adota-se a concepção do ser humano como um agente moral, racional, que possui a liberdade de decisão acerca daquilo que é bom ou ruim para si mesmo, contando com liberdade para guiar suas escolhas desde que estas não venham a prejudicar terceiros ou violar valores relevantes da comunidade em que está inserido, respeitando-se em ambas as vias a dignidade da pessoa humana, conceito indissociável deste.<sup>65</sup>

Negar ao ser humano o poder de decisão acerca da condução da sua vida privada é o mesmo que frustrar a possibilidade da sua existência plena e satisfatória,

---

<sup>64</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin. 2009.

<sup>65</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005, p. 196 e ss

impedindo que desenvolva adequadamente suas crenças e opinião pessoal, inerentes à existência.

Esta autonomia individual não pode ser tida como absoluta, visto que apontar um direito como absoluto é uma contradição, devendo ser conciliada com o direito das outras pessoas integrantes da sociedade a uma quota igual de liberdade individual, além de outros valores igualmente pertinentes e estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, a exemplo da autonomia pública, da igualdade, da proteção à saúde pública, à solidariedade e à segurança, não sendo concebível a autonomia privada ilimitada, pois violaria até mesmo a ideia de ordenamento jurídico.

É necessário portanto que o Estado intervenha em determinados casos com fito de restringir a liberdade individual e a autonomia privada, a fim de protegerem a liberdade coletiva, protegendo também a paz jurídica de toda a sociedade.<sup>66</sup>

Pode-se dizer que nenhum direito fundamental é absoluto em virtude de que estes podem conflitar entre si, devendo ser imposto um tipo de limitação recíproca. Além disso, nenhum direito fundamental pode ser utilizado como escudo para a prática de qualquer ato ilícito. Portanto estes apenas protegem seu titular quando o sujeito se move na esteira de atos lícitos, para que o conceito não incorra em contradição.<sup>67</sup>

A maneira como essa intervenção é realizada em sociedades democráticas é de acordo com a edição de leis pelos representantes do povo, o que demonstra a própria manifestação da autonomia pública do cidadão, conciliando-se com a ideia da liberdade em sentido amplo, havendo limites para a própria lei, que visam garantir dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para sua dignidade que devem ser protegidas até mesmo do legislador (que representa a vontade da maioria das pessoas daquela sociedade).<sup>68</sup>

Nenhuma liberdade fundamental se reveste de proteção absoluta, pois é possível que a proteção a uma delas, no caso concreto, importe lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, devendo ser restringida de forma proporcional, buscando a otimização dos bens jurídicos em conflito, ponderando os interesses

---

<sup>66</sup> S SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp 46-58

<sup>68</sup> SARMENTO, *op. cit. passim*

existentes.<sup>69</sup>

Destaca-se o papel do Estado de auxiliar na criação das condições necessárias para que todos os indivíduos de uma sociedade possam realizar suas escolhas livremente, agindo de acordo com elas ao optar pela orientação adequada para seu destino.

Havendo conflito entre a autonomia privada e outro direito fundamental, deve-se verificar o grau de igualdade fática entre os envolvidos, pois a falta de simetria permite que o lado “forte” force o lado “fraco” a acatar uma decisão que nem sempre é a ideal, por meio de coação.

Logo, deve-se proteger o indivíduo vulnerável da relação em detrimento de entidades privadas dotadas de poder social e econômico, avaliando a existência de fatores que impeçam uma das partes de tomar decisões no pleno exercício de sua autonomia privada.<sup>70</sup>

Impende mencionar as condições de liberdade que asseguram o efetivo exercício da autonomia privada quando existentes, devendo o direito positivo intervir nas relações materialmente desiguais ditando normas de ordem pública que visem favorecer a parte hipossuficiente e equilibrar o contato, o que não viola a autonomia privada do agente, ao mesmo tempo em que não se trata de puro paternalismo, e, sim, na proteção da própria liberdade em si mesma, articulando seu valor em uma ordem jurídica que se preocupa também com a igualdade, na mesma medida.<sup>71</sup>

Alexy leciona acerca do conceito de sopesamento, no qual torna-se indispensável que se analise o caso concreto para chegar a uma conclusão sobre a prevalência do direito fundamental em questão:

*A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos - caso sejam aplicáveis - é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um*

---

<sup>69</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 *passim*

<sup>70</sup> LIMA, Jairo Néia. Colisão e Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.5, n.5 (jan./jun. 2009) Curitiba: UniBrasil, 2009. pp. 11-12

<sup>71</sup> SARMENTO, *op. cit. passim*

sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter princípio lógico das normas de direitos fundamentais.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.<sup>72</sup>

Havendo conflito entre direitos fundamentais, então, deve-se avaliar os interesses concretos conjuntamente com as circunstâncias do caso particular, efetuando-se a valoração desses interesses.

Ainda dentro desse conceito, para que seja melhor compreendido é necessário fazer a distinção entre regras e princípios.

Para Alexy<sup>73</sup>, tanto regras quanto princípios serão normas, já que ambos dizem algo que deve ser, mas princípios são as normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo portanto um mandamento de otimização, podendo ser satisfeito em graus variados que não dependem somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (que será determinado pelos princípios e regras colidentes), enquanto que regras são normas que somente podem ser ou não cumpridas, devendo fazer exatamente o que ela exige, e não mais ou menos, contendo portanto determinações no âmbito do que seja fático e juridicamente possível.

### 1.3 O RESPEITO À ESCOLHA INDIVIDUAL E AS VARIEDADES DE ESCOLHA

Em diversas situações da vida cotidiana as instituições fazem seleções de regras padrão para os cidadãos, possibilitando evitar a escolha ativa, aquela sobre a qual o ser humano realmente reflete e a toma por conta própria, quando não quiser

---

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. Editora Malheiros. São Paulo, 2006 pp. 119-120

<sup>73</sup> *Ibid.* Pp. 119 e ss.

fazê-la.

As regras padrão, por sua vez, tendem a influenciar a sociedade e seus membros como um todo, podendo ser vistas como uma forma de paternalismo a ser censurável para aqueles que consideram este mecanismo como um fator de agressão à liberdade de escolha individual dos sujeitos.<sup>74</sup>

Aventa-se que as pessoas deveriam ter a liberdade de escolher nos campos do bem-estar social e da economia mesmo que a alternativa escolhida as leve a cometer erros, pois essa possibilidade (de errar) é, em primeiro lugar, o que garante a liberdade de escolha como um direito, e seria o destaque principal, valorizando-se mais o “poder escolher” do que o resultado que essa escolha em potencial pode trazer como benesse, o que é tratado em teorias como a de Cass Sunstein<sup>75</sup>.

A liberdade de escolher em si deve ser tratada como a maior benesse, ao invés do resultado que pode ser obtido por meio da alternativa escolhida. Amartya Sen<sup>76</sup> leciona sobre a necessidade de intervenção Estatal nas relações privadas a fim de que se venha a regularizar situações desiguais para que todos os seres humanos tenham a mesma capacidade de escolha, o que resultaria em uma noção mais acurada de “justiça social”, que deve ser perseguida por todos os indivíduos, pois não restariam excluídas determinadas opções em um leque de escolhas por questões alheias à vontade daquele sujeito que precisa tomar a decisão.

Nesta senda, a liberdade em si engendra um individualismo exacerbado capaz de ser refletido em todas as camadas da sociedade, em especial na esfera econômica e financeira, portanto, fomentar as capacidades pode ser uma forma de ampliar o alcance de liberdade por meio da garantia da oportunidade para escolher os objetivos sem interferência externa.<sup>77</sup>

As escolhas arriscadas, em geral, tendem a ser evitadas pelos indivíduos, especialmente em campos financeiros ou que o risco se mostre irreversível de alguma forma, como se demonstrou no estudo de Putri e Arofah<sup>78</sup>, que concluíram que os

---

<sup>74</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp 04

<sup>75</sup> *Ibid.* pp 16-17

<sup>76</sup> SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**. n.28-29, pp.313-334, 1993. *passim*

<sup>77</sup> HAVLIK, Jan Gustave de Souza, REBOUÇAS, Gabriela Maia. CONTRIBUIÇÕES DE ISIAH BERLIN PARA REFLETIR SOBRE LIBERDADE. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jul-dez/2016, ano 16, n.2, pp. 47-67, 2016 pp. 52 e ss.

<sup>78</sup> PUTRI, N. K.; AROFAH, T. The impact of risk report formats on investment analyst decisions: an experimental case from Indonesia. **Asian Academy of Management Journal of Accounting and**

participantes teriam maior confiança para realizar investimentos quando as informações de risco estão apresentadas em um formato completo de risco, demonstrando um aumento positivo e significativo na confiança quando os participantes analisaram informações completas sobre risco em comparação com as informações sobre riscos apresentadas de forma qualitativa.

Seja a escolha arriscada subjetiva ou objetiva, os seres humanos são, muitas vezes, motivados a não escolher pelo medo do resultado que possa derivar de uma opção errada e a responsabilidade que precisarão assumir nestes casos, que lhes parece maior do que um eventual ganho que possa ser atingido.<sup>79</sup>

Algumas vezes, os indivíduos fazem uma escolha ativa ao optar por não escolher. Estes podem acreditar que o processo de escolha é mais penoso do que prazeroso, ou considerarem-se incapazes para atingir o resultado ideal, sendo que optar por não escolher e deixar essa responsabilidade nas mãos de outra pessoa ou instituição confiáveis soa como o melhor caminho para eles, pois evita dilemas morais, éticos e sociais, deixando os recursos cognitivos do sujeito livres para a realização de outras tarefas que lhe pareçam mais interessantes ou outras decisões que lhes soem mais importantes do que aquela delegada a terceiros, além de evitar que a responsabilidade por um eventual erro recaia sobre eles, trazendo maior tranquilidade.<sup>80</sup>

Sobre o valor e a utilidade que a escolha representa para quem a está tomando, estes podem ser vistos em dois sentidos distintos: a) valor da experiência, que envolve os conceitos de prazer e dor, satisfação e angústia, na experiência da escolha; e b) valor da decisão, que conta com um resultado previsto para que seja valorada a atratividade ou aversão de determinada opção dentro de uma escolha.<sup>81</sup>

As razões para optar por não escolher podem estar concentradas no fato de o sujeito não possuir interesse na escolha a ser feita, ou não querer arcar com a responsabilidade que esta impõe, antecipando arrependimentos e buscando instantaneamente evitá-los em casos de alternativas onde ele reconheça a importância do tema, pois estes parecem definitivamente maiores do que o resultado

---

**Finance**, v. 9, n. 1, p. 89-112, 2013

<sup>79</sup> KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos, eds. **Choices, values, and frames**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000. p. 343

<sup>80</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. Pp. 16-17.

<sup>81</sup> KAHNEMAN, TVERSKY. *Op. cit.* pp 342-349

positivo que pode ser obtido, mas sintam-se aflitos para escolher por conta própria, considerando que outros possuem mais capacidade técnica para tal e sofreriam um menor risco.<sup>82</sup>

Além disso, muitas pessoas optarão pela escolha que lhes der menos trabalho posteriormente, ou que pareça menos complexa no cenário completo, escolhendo o caminho que ofereça a menor resistência a eles, em uma heurística de inércia, quer essa escolha seja boa ou não para eles, não havendo nenhum tipo de reflexão profunda sobre o resultado que poderão receber ou sobre como aqueles que tomarão a decisão em seu lugar o farão, pois confiar a escolha a outrem delega também a responsabilidade sobre ela e seus resultados, o que traz certo nível de conforto.<sup>83</sup>

Além disso, podem não estar interessados na escolha, preferindo direcionar seu tempo e energia para outra atividade que seja mais atrativa e verão assim na escolha de uma opção padrão a oportunidade perfeita para que o façam.

Um exemplo do efeito da escolha padrão (*default*) pode ser observado na doação de órgãos. Em dois países, foi comparada a escolha de pessoas em se tornarem doadores de órgãos para transplantes. No primeiro deles, a opção de se tornar um doador de órgãos era padrão, ou seja, as pessoas deveriam marcar o “não” em um formulário caso não quisessem ser doadores, enquanto que no segundo país a opção padrão era não ser doador, e as pessoas deveriam marcar o formulário caso pretendessem doar seus órgãos.

Constatou-se que em ambos os casos as pessoas tendiam a não divergir da opção padrão, fazendo com que a quantidade de doadores no país que utilizou a primeira estratégia fosse muito maior do que no país que utilizou a segunda.<sup>84</sup>

Quando é oferecido aos indivíduos a possibilidade de optar por uma escolha padrão ou então uma escolha própria, ativa, resta respeitada a liberdade de escolha, entendendo este mecanismo como aquele denominado “escolha ativa simplificada” por Cass Sunstein<sup>85</sup>, possuindo consigo as vantagens de evitar a pressão da escolha padrão, mas fornecendo a liberdade de se apoiar naquela caso seja mais vantajoso

---

<sup>82</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 37

<sup>83</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. pp 87-88

<sup>84</sup> DAVIDAI, S.; GILOVICH, T. The meaning of default options for potential organ donors. **PNAS**, v. 109 (38), p. 15201-15205, 2012.

<sup>85</sup> SUNSTEIN, *op. cit.* p. 37

de alguma forma para o ser humano em questão, de maneira que sua liberdade será respeitada.

Os motivos que farão uma pessoa decidir ou não pela escolha ativa fazem parte de um conjunto de questões menores, intrínsecas à sua realidade como um todo, sendo indefiníveis muitas vezes, porém, encontrando-se neste cenário com frequência questões que envolvem o custo da decisão e o custo de possíveis erros que venham a decorrer de uma escolha inadequada, além da sua possível irreversibilidade.<sup>86</sup>

A decisão de escolher, em tese, é um benefício concedido ao cidadão em respeito à sua dignidade, mas em muitos casos são apresentados argumentos contra a escolha ativa, tratando-a como um fardo, no sentido de que esta aumentaria custos e a chance de ocorrência de erros, já que nem sempre a pessoa que realiza a escolha conta com a capacidade adequada para tomar a melhor decisão para si ou para a sociedade.

O debate circunda ainda dúvidas sobre o quanto é interessante, para a comunidade de pessoas envolvidas no processo de escolha, o assunto a que a decisão é pertinente, tornando-a mais ou menos desejável de ser feita por modo ativo de acordo com essa preferência, envolvendo também os contextos particulares dos indivíduos e sua ideia de moral, que, frise-se, é flexível e mutável, alternando-se com os cenários e opções demonstradas por aquele que impõe a escolha, não sendo possível prever o resultado individualmente.<sup>87</sup>

As particularidades do ser humano afetam de forma sensível sua preferência por escolher ou não de forma ativa, de maneira a delimitar seus temas de interesse, incorporando-os ao seu julgamento de quando ou como a escolha realizada de forma ativa será benéfica, avaliando as implicações de riscos e resultados.<sup>88</sup>

Ainda sobre a variedade de escolhas, existe a vertente onde a escolha ativa deveria ser livre de influência governamental, deixando que os indivíduos revelem suas próprias preferências e questões pessoais internas, aprendendo com seus erros, caso seja necessário. Cass Sunstein<sup>89</sup> aponta três faces da escolha ativa, incrustadas com suas próprias complexidades internas, sendo elas:

a) Sanções Diretas, as quais implicam em punições a serem aplicadas em

---

<sup>86</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 37

<sup>87</sup> *Ibid.* pp. 37

<sup>88</sup> *Ibid.* pp. 30-51

<sup>89</sup> *Ibid.* pp. 30-51

decorrência de más escolhas. O fato de que a ausência de escolha raramente encontra uma punição pode ser visto como o reconhecimento de que em uma sociedade livre, esse tipo de escolha (a opção de não escolher ativamente) é aceito e legitimado de forma ativa, considerando-se também a questão do conhecimento e informação, pois se uma pessoa sabe bem como fazer a melhor escolha para si, outros não deveriam fazê-la, mesmo que a escolha em pauta seja não escolher;

b) Alavancagem, tratando da escolha ativa com respeito a questões auxiliares como uma condição de obtenção de um bem ou serviço, sendo a escolha ativa mandatória, porém de uma forma diferenciada, já que a não ser que os indivíduos realizem a escolha sobre esta questão, não poderão acessar aquilo que almejam (o bem ou serviço), mesmo que não se trate do tópico específico da questão envolvendo a escolha. Nota-se a dimensão coercitiva da escolha ativa neste sentido.

c) Arranjos Comuns de Mercado: Para que as pessoas façam escolhas de consumo em mercados, em geral lhes são dadas opções, podendo o indivíduo escolher entre elas ou ainda não optar por nenhuma das coisas oferecidas, cenário em que não usufruirá de nenhum bem. Portanto, neste caso, a não ser que seja feita uma escolha ativa, não se poderá obter o bem desejado, visto que estão relacionados intrinsecamente. Esse tipo de escolha também se aplica ao mercado de trabalho, onde, a não ser que se escolha um determinado emprego, a pessoa ficará desempregada<sup>90</sup>. Nesse sentido, deixando-se de lado aqueles que recebem presentes, a não ser que uma escolha ativa seja realizada, não será possível obter o bem ou serviço almejado.<sup>91</sup>

Apontadas as variedades de escolha e relacionadas com a liberdade individual e os aspectos pertinentes a cada escolha ativa, inclusive a decisão de não escolher ativamente, validada pela sociedade e seus indivíduos, delineia-se a relação entre liberdade de escolha e racionalidade.

---

<sup>90</sup> O crescimento da tecnologia, aqui, é considerado também como um fator relevante acerca desse tipo de escolha, leciona Cass Sunstein, visto que poderia ocorrer situações onde sites virtuais, sabendo o perfil do cliente, realizam escolhas ativas por ele, oferecendo produtos que costumam ser consumidos de forma a aumentar a escolha padrão, por meio da previsão realizada por algoritmos de compras e oferecimento de produtos, justificando sua conduta como uma forma de evitar que o consumidor seja induzido ao erro levando um produto que não seria o seu preferido ou costumeiramente escolhido, levando-se assim a possibilidade da “compra previsível” a ser realizada pelos consumidores. - SUNSTEIN, Cass R. CHOOSING NOT TO CHOOSE. **Duke Law Journal**, Volume 64, October 2014, number one.

<sup>91</sup> SUNSTEIN, Cass R. CHOOSING NOT TO CHOOSE. **Duke Law Journal**, Volume 64, October 2014, number one. pp 30-51

## 1.4 RACIONALIDADE E LIBERDADE DE ESCOLHA

O pensamento racional e a tomada de decisão estão relacionados, e a liberdade de escolha muitas vezes está atrelada a conceitos que são influenciados por aquilo que somos levados a fazer em prol de ideais tidos como essenciais para a boa vida em sociedade, como o “bem-estar comum”, que muitas vezes perseguimos ignorando de maneira racional nossas próprias vontades individuais em prol de algo considerado mais valioso, que possa ser atingido posteriormente, ou então um compromisso assumido anteriormente com o qual se quer arcar, mesmo que isso custe algo que preferiria fazer naquele momento.

Ainda, existem decisões que o indivíduo gostaria de tomar racionalmente, porém está impossibilitado por fatores relacionados à sua capacidade naquele momento, logo, terá seu leque de opções diminuído por questões que ele não necessariamente tem controle sobre, e nem sempre está ciente de que isso acontece, acreditando muitas vezes que está decidindo de acordo com um cenário pleno.

Dentro do conceito de racionalidade impende mencionar Jon Elster<sup>92</sup>, que em sua obra define a racionalidade como uma gama ampla de significados, que vão desde as noções formais de eficiência e consistência às noções substantivas de autonomia e autodeterminação.

Ao dar à racionalidade o foco de uma característica formal das ações individuais, estabelece que a racionalidade no sentido ténue trata de consistência com o sistema de crenças e desejos contrapostos com a razão. Por outro lado, a teoria ampla da racionalidade está além desses requisitos formais, apontando que racionalidade é mais do que apenas agir de maneira consistente com as crenças e desejos do indivíduo, sendo requerido que tais elementos sejam racionais em um sentido mais substantivo, baseados em evidências disponíveis, e portanto, vinculados

---

<sup>92</sup> ELSTER, Jon. **Sour Grapes - Studies in the subversion of rationality**. Cambridge University Press, First published 1983. *passim*

à noção de julgamento.<sup>93</sup>

A segunda noção de racionalidade apresentada pelo autor é referente ao caso individual para o coletivo, onde esta é definida como uma relação entre as preferências individuais e o resultado social que a escolha pode trazer, caso em que deve ser analisada a capacidade do sistema social ou do mecanismo de decisão coletivo para alinhar as preferências individuais com a noção de individualidade racional ampla, estabelecendo um filtro de desejos autônomos ou não.<sup>94</sup>

A racionalidade individual na tomada de decisão deve manter uma relação com as crenças e desejos do indivíduo, sendo requerido que aquilo que o motive a fazer a escolha seja de fato a razão que dá causa a ação, e que seja feito “da maneira certa”, de forma consistente. O autor da escolha deve acreditar que aquela ação representa a melhor forma de satisfazer o seu desejo, ou ao menos que esta é uma maneira de realizar o desejo de acordo com suas crenças pessoais, realizando-se uma distinção da questão da otimização.

Deve excluir as chamadas “coincidências de primeira classe”, onde uma pessoa tem razões para agir da maneira que o faz, mas elas são causadas por algo que vai além dos motivos que dão causa à ação, como por exemplo, alguém com um histórico de comportamento compulsivo. Por derradeiro, devem ser excluídas as “coincidências de segunda classe”, quando as razões causam a ação da qual são precursoras, porém, da “maneira errada”, ou então causando outras ações das quais não podem ser consideradas como motivos.<sup>95</sup>

Nesse sentido, crenças e desejos não podem ser tomados como razões para a tomada de decisão a não ser que sejam suficientemente consistentes, sem envolver contradições lógicas, conceituais ou pragmáticas.<sup>96</sup>

A racionalidade está contida em uma sociedade dirigida por mentes críticas em direção a determinados objetivos e propósitos, e aqueles que acreditam na liberdade como o poder de autodireção de acordo com a racionalidade devem aplicá-la não apenas às questões individuais do ser humano, mas também às suas relações com outros membros da sociedade que habita, questionando-se sobre como deveria evitar as colisões das vontades de seus indivíduos, concluindo que um Estado racional é

---

<sup>93</sup> ELSTER, Jon. **Sour Grapes - Studies in the subversion of rationality**. Cambridge University Press, First published 1983. pp 1-2.

<sup>94</sup> *Ibid.* pp 2.

<sup>95</sup> *Ibid.* pp 3.

<sup>96</sup> *Ibid.* pp 4.

aquele governado por leis que todos os homens racionais aceitam livremente, verificando que o desejo de dominação é por si só uma expressão da irracionalidade.<sup>97</sup>

A influência externa manejada de determinada maneira pode guiar seres humanos a acreditar que estão agindo com autonomia quando na verdade um fator propiciado por outrem os inclinou sutilmente a seguir determinado caminho pré-estabelecido.

Sobre a autonomia e a liberdade de escolha, Cass Sunstein e Richard Thaler lecionam que a autonomia, na forma de liberdade de escolha, não pode ser tratada como uma espécie de trunfo que não pode ser substituído, pois muitas vezes a escolha é diretamente influenciada por determinados arranjos pré-estabelecidos de preferências e alternativas.

Apontam que, nesta linha de pensamento, o respeito à autonomia será adequadamente acomodado pelo aspecto libertário do paternalismo libertário, pois não se trata de suprimir a liberdade, apenas tentando direcionar a escolha no caminho considerado mais benéfico por aquela mesma sociedade.<sup>98</sup>

Não é descartada ou ignorada a relação complexa existente entre autonomia e a liberdade de escolha, porém, existe a corrente<sup>99</sup> que defende o ideal de que em alguns casos o indivíduo não possui as condições necessárias para analisar a situação onde a escolha deve ser feita por inteiro e de maneira adequada a tomar a melhor decisão para si, não possuindo a plena capacidade de fazê-lo.

A presunção de que as pessoas podem fazer escolhas livres de qualquer tipo de interferência desconsidera a questão da capacidade do sujeito, que pode ou não ser reduzida, pois aduzem que estes fariam por conta própria a melhor decisão possível, ou ao menos optariam melhor do que um terceiro, o que ignora suas expectativas racionais, as quais falham em fazer previsões consistentes e levam os indivíduos a cometerem erros sistemáticos que variam com suas aversões e preferências, além da influência que a maneira como o problema é formulado pode exercer, mesmo que involuntariamente.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> BERLIN, Isaiah. **TWO CONCEPTS OF LIBERTY. Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969. *passim*

<sup>98</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>99</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 *passim*

<sup>100</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5,(May, 2003), pp. 175-179, 2003 pp. 175-179

Em determinadas situações que exijam uma escolha ativa pode parecer racional ao indivíduo delegá-la a outros que considere confiáveis, sejam estes particulares ou instituições, embora esteja claro que isso não possa ser feito para todos os tipos de decisão, verificando-se que, na vida prática, na maioria das decisões, não será possível contar com esse fator externo, por serem decisões consideradas difíceis.<sup>101</sup>

A falta de racionalidade na escolha se relaciona com a inconsistência dinâmica das pessoas vinculada aos seus problemas de autocontrole, que às vezes levam a tomar decisões inadequadas, apesar de alguns teóricos defenderem que a “vida real” é diferente das “simulações em laboratório” que levaram sociólogos e economistas a acreditarem nessa teoria, sendo impossível prever os cenários que se desdobrariam em uma aplicação concreta<sup>102</sup>. Reitera-se que a racionalidade das pessoas também pode levá-las a optar por não escolher, contratando agentes ou delegando a tarefa a terceiros interessados, o que é uma possibilidade legitimada pela sociedade.

Existe uma possível incapacidade do ser humano em visualizar os resultados praticáveis de suas escolhas e efeitos de longo prazo, portanto, em geral, os indivíduos não se preocupam em garantir um futuro estável porque demonstram-se míopes com o valor futuro de condutas que estão tomando no presente, não seguindo a previsão tradicional da teoria econômica onde maximizariam seu próprio bem-estar por suas escolhas.<sup>103</sup>

Pelo contrário, muitas vezes a responsabilidade pela escolha representa um peso maior do que o bem-estar gerado, então, a oportunidade de escolher, ao invés de ser vista como uma virtude, passa a ser considerada um peso indesejável.

Além do problema do imediatismo, aponta-se a dificuldade em se estabelecer o que os indivíduos realmente querem, a nível individual e coletivo (e, inclusive, se as opções coincidem ou não), e se esse objeto é convergente entre eles em geral dentro da própria sociedade.

A segurança ou falta desta é outro fator que influencia a tomada de decisão do

---

<sup>101</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>102</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, (May, 2003), pp. 175-179, 2003 pp. 175-179

<sup>103</sup> HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar – Revista de ciências jurídicas** V. 22, n. 2. 2017. pp. 651-662

cidadão em situações mais complexas, e é um fator impreciso<sup>104</sup>, além da forma como o problema é apresentado, o que possui grande poder de variar a maneira como sua importância e atratividade é interpretada por aquele que deve escolher, incentivando ou não a escolha ativa.

Cass Sunstein<sup>105</sup> compara as “falhas de mercado”, conceito da economia, às falhas comportamentais cometidas pelos indivíduos que devem fazer a escolha adequada, sendo que os “*nudges*”, pequenos “empurrões” dados pelos arquitetos de escolha para guiar as pessoas em determinada orientação que almeje o bem da sociedade e o seu próprio bem individual, seriam uma forma de corrigir essas falhas comportamentais sem tolher a liberdade de escolha, já que não representa uma coerção, mas uma mera orientação no sentido estabelecido como aquele mais adequado à comunidade e às pessoas individualmente, de acordo com seus próprios conceitos e manifestações.

O ambiente social vivenciado por aquele que deverá decidir e o contexto da escolha em si influenciará a maneira como a decisão será tomada, sendo o procedimento da arquitetura da escolha inevitável para a busca acertada do bem-estar social e individual, frisando-se que esse conceito (de bem-estar) é variável.<sup>106</sup>

Acerca do ponto de partida escolhido pelas pessoas para a tomada de decisão, tem-se a possibilidade de que os indivíduos venham a convergir a resposta correta mesmo quando não possuem o panorama completo dos seus julgamentos, afirmando determinadas assertivas sem que saibam justificá-las, e de maneira independente da sua capacidade. De alguma forma, podem acreditar que estão visualizando a situação como um todo, quando na verdade não estão, ou podem acreditar que aquele leque de opções lhes é suficiente, desconhecendo outras que seriam melhores.

No entanto, esses mesmos argumentos também podem levar a decisões erradas ou injustas, havendo inclusive uma maior probabilidade de que isso ocorra em determinados cenários complexos, o que justifica que esta não é a melhor alternativa na maioria dos casos, pois deixa a escolha a própria sorte do indivíduo,

---

<sup>104</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>105</sup> HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar – Revista de ciências jurídicas** V. 22, n. 2. 2017 pp 651-662

<sup>106</sup> LEITÃO, André Studart, DIAS, Eduardo Rocha, CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: Uma ideia viável? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1 p. 273-288, 2017 *passim*

que pode não contar com as melhores condições para tal.<sup>107</sup>

O direito possui uma responsabilidade política ao moldar as relações intersubjetivas de uma comunidade, realizando uma construção política de liberdades que podem ser apontadas como técnicas mescladas com a natureza social, o que pode ser visto como a naturalização das condições sociais para que sejam reproduzidas posições sociais de poder. Nesta senda, a interpretação legal demanda a incorporação de princípios que podem ser externos ao diploma legal, remodelando-os de acordo com o surgimento de novos casos concretos.<sup>108</sup>

A natureza de princípio dos direitos fundamentais, segundo Alexy<sup>109</sup>, torna o método da ponderação, por meio do sopesamento, aquele que será adequado para garantir o melhor resultado em caso de conflito entre dois direitos fundamentais, estando a autonomia privada inclusa nesse rol.

Desta forma os conflitos privados que envolvam de um lado um direito fundamental e do outro a autonomia privada serão conflitos de direitos fundamentais, e para que a teoria dos direitos fundamentais seja válida nas relações entre sujeitos privados é necessário analisar a ocorrência das colisões no caso concreto, bem como os critérios para a aferição da prevalência entre os direitos que estejam em conflito, pois essa análise respeita a existência das preferências individuais e da capacidade de escolha do indivíduo.<sup>110</sup>

## 1.5 A AUTONOMIA PRIVADA COMO A DEFINIÇÃO DA BUSCA PELA “BOA VIDA”

Amartya Sen, ao falar das sociedades que se tornam complexas, disserta que

---

<sup>107</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, (May, 2003), pp. 175-179, 2003 *passim*

<sup>108</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. **OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito. Orientadora: Prof. a Dr. a Katya Kozicki

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. Editora Malheiros. São Paulo, 2006 pp 530

<sup>110</sup> LIMA, Jairo Néia. Colisão e Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.5, n.5 (jan./jun. 2009) Curitiba: UniBrasil, 2009. pp 03

uma “coexistência de multiplicidade de interesses sociais gera um discurso moral polifônico, integrado por categorias e valores contrapostos que se apresentam como legítimos”<sup>111</sup>.

Aponta também a indispensabilidade do uso da razão para interpretar conceitos relativos a juízos internos, tratando especificamente da ética, porém admite que o método mais crítico ainda poderia falhar devido à natureza da verdade nas crenças morais, podendo também um procedimento duvidoso produzir resultados adequados ao questionamento por mero acaso, apesar de não recomendável que seja adotado, pois a chance de que isso aconteça é substancialmente menor do que o inverso<sup>112</sup>, logo, em um panorama maior, isso se revela como algo que não traz uma benesse.

O autor trata da importância dos sentimentos e da argumentação para a racionalidade, criando-se uma tendência à empatia e ao respeito mútuo, valores humanos que quando compartilhados fortalecem o relacionamento de confiança entre indivíduos de uma sociedade.<sup>113</sup>

O tema também é tratado por John Rawls<sup>114</sup>, ao postular que as pessoas podem cooperar entre si em uma sociedade apesar de possuírem visões distintas acerca de determinados assuntos, desde que estas argumentações sejam razoáveis, e os indivíduos possuam uma ideia central e compartilhada de uma “política razoável de justiça”, esperando-se que venham a entrar em acordo por meio de deliberação, ao menos na maioria dos casos, superando suas diferenças e garantindo equidade para o grupo como um todo, evitando-se a tomada de atitudes deletérias individualmente.

Portanto, a tomada de decisão em conjunto não necessariamente viola o conceito de liberdade, já que se está diante de um acordo onde, mesmo que o indivíduo venha a suprimir sua vontade, o fará de forma livre e espontânea, em razão de um objetivo em comum e considerado mais importante, que pode ser atingido a longo prazo, evitando-se o imediatismo e o egoísmo que poderiam ensejar a irracionalidade.

Desta feita, o que acontece em um cenário como o descrito é que serão

---

<sup>111</sup> COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 8, p. 305-316, Aug. 2012 pp. 308 e ss.

<sup>112</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. *passim*

<sup>113</sup> *Ibid. passim*

<sup>114</sup> RAWLS, John, *apud* SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

definidos quais argumentos são considerados racionais ou válidos de acordo com parâmetros que levem em concreto qual decisão levará a maior expansão da capacidade, conceito amplamente discutido por Amartya Sen<sup>115</sup> e definido como a capacidade de realização dos seus objetivos individuais por determinado sujeito, sendo a igualdade fator preponderante como condição para que isso efetivamente aconteça de forma plena, já que com a redução das desigualdades amplia-se a liberdade de escolha do indivíduo e seu leque de opções.

Uma sociedade mais igualitária pressupõe uma igualdade de capacidade entre os seres que a compõe, para que possam tomar por si mesmos a decisão que lhes seja mais adequada sem interferência externa, e uma expansão da capacidade geralmente leva também a um aumento do leque de opções em uma determinada escolha, pois retira fatores externos que estariam bloqueando o indivíduo que conta com uma liberdade formal, mas é incapaz de obter aquela opção materialmente.

Além da importância dos conceitos de “bem” e “mal”, “bom” e “ruim”, a concepção de “razoável” deve ser destacada na construção de laços entre os seres humanos e na formulação da sua moral, individual e coletiva, que servirá como um fator de orientação frente às suas escolhas. Este é construído por meio de discussões acerca de questões vinculadas aos problemas de uma comunidade, sejam estes de qualquer ordem, bem como a partir de resultados de experiências de vivência daqueles que a compõe.

Depreende-se, portanto, que o alinhamento moral de uma sociedade influencia na liberdade de escolha individual conferida por esta e conseqüentemente no procedimento de tomada de decisão por parte dos sujeitos, que varia de acordo com sua capacidade.

Da mesma maneira que o sentimento de comunidade é criado a partir da discussão lógica acerca de ideias contrárias mas razoáveis, um afastamento entre as comunidades pode acontecer quando o conceito de “razoável” for trabalhado e exposto de maneira diferente entre elas.

A forma como a informação é apresentada às pessoas pode mudar o modo como será interpretada por estas, e, portanto, alterar as decisões tomadas na sequência e em decorrência das informações recebidas, sejam estas decisões aquelas tomadas de maneira individual ou coletiva pelos sujeitos.

---

<sup>115</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 pp 261 e ss

Uma sociedade pode moldar os conceitos considerados razoáveis de acordo com as pretensões de seus líderes, para gerar tanto aproximação quanto afastamento, na definição entre “nós” e “eles”, sendo que, posteriormente, por questões políticas, culturais, pessoais, dentre outras, essas barreiras podem ser derrubadas em busca da unidade, se assim for decidido como conveniente, alterando novamente a noção do que é ou não “razoável” e influenciando diretamente na construção dos conceitos internos do indivíduo. Essa influência amplia-se com a arquitetura de escolhas.

O liberalismo neutraliza tensões ao aceitar que concepções morais e éticas sejam condutoras de decisões políticas, logo aquilo que se coloca para além da homogeneidade é visto como uma ameaça a ser eliminada, fundamentando a necessidade da distinção entre um “nós” e um “eles” para os políticos, excluindo a pluralidade inerente aos grupos sociais como uma forma de delimitar o espaço democrático e criar a tensão de quem está incluído e quem está excluído, pois a política pressupõe o conflito.<sup>116</sup>

Sendo a moral um conceito fragmentado e mutável que influencia diretamente na personalidade do indivíduo e em sua tomada de decisão, deve-se atentar ao fato de que cada pessoa possui individualmente suas próprias preferências e conceitos, atrelados à suas ideias particulares de bom e ruim, julgamentos em constante construção e adaptação.

Logo, os participantes de uma sociedade estão sujeitos a influências externas, sendo impossível que seus conceitos sejam separados e individualizados para análise, bem como exercidos de maneira neutra, pois são adquiridos pela convivência com outros seres humanos em um meio social, que definirá o que é razoável e o que não é, orientando a maneira como o ambiente é visto por aquele indivíduo.

Amartya Sen<sup>117</sup> ensina que é impossível que se estude uma situação destacada do todo (entenda-se o todo como o conjunto de conceitos que forma a balança moral do cidadão), principal motivo pelo o qual a definição de moral gera tantos conflitos ao redor do mundo, já que está sujeita a uma infinidade de preceitos que muitas vezes conflitam entre si, bem como a pluralidade de conceitos que as pessoas adotam para

---

<sup>116</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses. **OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito. Orientadora: Prof. a Dr. a Katya Kozicki

<sup>117</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 pp. 265 e ss

si próprias, fato que, caso seja ignorado, gerará conclusões equivocadas.

Deve-se levar em consideração a influência exercida por líderes políticos à âmbito nacional e internacional, que interfere diretamente na maneira como esses conceitos são internalizados, normalizados e exercidos pelo cidadão.

Em um nível mais específico, tem-se uma pluralidade de conceitos que podem ou não ser conflitantes dentro de uma única pessoa, os quais serão moldados de acordo com as particularidades da situação que esteja submetida ao crivo da consciência humana.

Existe a possibilidade de diferentes pessoas submetidas a uma mesma situação obterem variadas interpretações desta, de acordo com a posição que nela ocupem, ou o ponto de observação tomado, além do interesse que possam ou não ter no tema adotado e seus desdobramentos, como a responsabilidade e consequências futuras que isso gere. Cita-se aqui exemplo explanado por Amartya Sen em sua doutrina acerca da versatilidade de uma mesma situação a que duas ou mais pessoas estejam sujeitas:

Primeiro, mesmo um rigoroso “empate” entre duas pessoas quanto aos funcionamentos realizados ainda pode ocultar diferenças significativas entre suas respectivas vantagens, que poderiam nos fazer compreender que uma pessoa pode estar realmente “em desvantagem” muito maior do que outra. Por exemplo, com relação a passar fome e estar desnutrida, uma pessoa que jejua voluntariamente por motivos políticos ou religiosos pode estar tão privada de alimentos e desnutrida quanto uma vítima da fome. Sua manifesta desnutrição — o funcionamento realizado por ambas — pode ser a mesma coisa e, ainda assim, a capacidade da pessoa próspera que decide jejuar pode ser muito maior do que a da pessoa que morre de fome involuntariamente por causa da pobreza e indigência. A ideia da capacidade pode acomodar essa importante distinção, uma vez que é orientada para a liberdade e as oportunidades, ou seja, a aptidão real das pessoas para escolher viver diferentes tipos de vida a seu alcance, em vez de confinar a atenção apenas ao que pode ser descrito como a culminação — ou consequências — da escolha.<sup>118</sup>

No quadro apontado é possível entender que há uma aglutinação de diversos conceitos, os quais podem ser de ordem política, cultural, religiosa ou pessoal, e que serão dispostos para que dentro de um contexto estudado se entenda a decisão do sujeito e esta possa ser ou não vinculada à liberdade, de acordo com a balança moral de quem faz a análise, entendendo-se se houve ou não influência externa ou algum tipo de coação.

---

<sup>118</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 p. 271

O autor distingue, portanto, fazer algo efetivamente e ser livre para fazê-lo<sup>119</sup>, o que é dependente da expansão da sua capacidade. Muitas vezes uma pessoa é livre para tomar determinadas atitudes quanto a um problema ou situação, porém estará impossibilitada por fatores materiais e outros de qualquer ordem relativa à sua capacidade como um todo, uma limitação que seria ignorada.

É nesse sentido que não se pode destacar a situação do todo para analisá-la isoladamente, pois corre-se o risco de interpretá-la de maneira errada ao despir a individualidade de quem pratica o ato e a pluralidade de conceitos contida dentro do observador, além das peculiaridades referentes à capacidade possuída pelo indivíduo, ou sua ausência, no momento em que precisa realizar a escolha. A análise da situação isolada demonstra-se sempre equivocada.

Os conceitos internos do cidadão tendem a ser adaptados de acordo com a situação que os exige, descrições que podem ser utilizadas de maneira individualizada ou em conjunto de forma a delimitar o que será adequado, em consenso com os conceitos de “bom” e “mal” do agente em questão, que são norteadores do seu pensamento, bem como os conceitos da comunidade em que está inserido e que nele exerce influência, frisando-se que esses conceitos não são imutáveis, pelo contrário, estão em constante fragmentação para nova aglutinação, alterando-se de acordo com a percepção de mundo dos seres humanos, sua idade e experiências negativas e positivas.

Amartya Sen<sup>120</sup> defende que as pessoas são movidas por seus sentimentos de justiça e injustiça, sentimentos os quais não estão vinculados a fatos ou situações em si, pois estes carecem de contextualização, decorrendo de uma escolha (ou da sua ausência), e sujeitos a uma pluralidade de argumentos.

A definição de empatia deve ser trabalhada nesse mesmo cenário para que se facilite o entendimento entre as pessoas e se mantenha a coesão da sociedade na elucidação de princípios que busquem a otimização do bem-estar social. Deve-se manter em mente que “*não se deve julgar o que não se conhece*”<sup>121</sup>, sendo a tolerância entre aqueles que convivem em uma comunidade item essencial para a empatia.

Sobre a tolerância, existe um pressuposto liberal na base das relações sociais,

---

<sup>119</sup> SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 *passim*

<sup>120</sup> *Ibid.* pp. 272 e ss.

<sup>121</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 94

de que as pessoas devem ter a liberdade de tomar decisões éticas sobre o sentido que lhes aprouver, a fim de encontrar a sua própria concepção de uma vida boa, que não seja baseado na violação de direitos, ideia que se projeta em uma sociedade permeada das mais diversas formas de conflito.<sup>122</sup>

Destaca-se que a tolerância não se confunde com a indiferença, pois é a decisão intencional de permitir que grupos, práticas e crenças das quais não se gosta continuem a existir, trabalhando com a ideia de que ao menos um grupo percebe como inadequadas as ideias e ações de outro grupo de pessoas, e exerce sua paciência para com os diferentes.<sup>123</sup>

Não se pode interpretar como o mesmo conceito a escolha da decisão, o ato praticado pelo indivíduo, e a decisão em si, pois estão intrinsecamente relacionados com a realidade do sujeito e suas construções internas, morais, éticas, culturais, dentre outras. Busca-se aprofundar os fatores externos que influenciam o processo de decisão em sequência, especialmente a arquitetura de escolhas.

---

<sup>122</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: Fundamentos, distinções e limites. *In*: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). **Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas**. Homenagem ao Ministro Luis Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 115-131.

<sup>123</sup> *Ibid.* Pp. 115-131

## 2. O PATERNALISMO LIBERTÁRIO COMO FATOR DE INFLUÊNCIA NA TOMADA DE DECISÃO

### 2.1 ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A economia comportamental busca descrever anomalias encontradas na teoria econômica tradicional, abrindo um novo campo de estudos e interligando a psicologia com as ciências econômicas, onde se destacam como marco inicial as obras de Daniel Kahneman e Amos Tversky (Teoria da Perspectiva) e Richard Thaler (*Toward a Positive Theory of Consumer Choice*).

A ciência econômica se mostra como uma forma de entender a alocação de riquezas, onde a Teoria da Racionalidade das Escolhas tinha como pressuposto a ideia de que as opções humanas seriam sempre estáveis, constantes e transitivas, o que permitiria que fossem feitas previsões com alto grau de confiança, porém, em dado momento da história, as teorias econômicas deixaram de representar algo unânime acerca do próprio objeto de estudo da economia, dividindo-se.<sup>124</sup>

Ainda, acerca das teorias da decisão, a tradicional, BPC (*beliefs, preferences and constraints* – crenças, preferências e restrições), entende o comportamento humano como uma versão simplificada da realidade, um modelo de racionalidade que se utiliza de axiomas básicos, que permitem sua generalização e instrumentalização<sup>125</sup>, enquanto que a economia comportamental trabalha fora desse padrão, utilizando elementos a fim de complementá-lo, mas sem ignorar seus pressupostos.

No modelo de BPC, três condições devem ser cumpridas para que se entenda a decisão como consistente, sendo estes a completude, a transitividade e a independência entre as alternativas relevantes, desta feita entando preenchidos estes

---

<sup>124</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Víctor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, p.456-471, 2018 pp. 461 e ss.

<sup>125</sup> GINTIS, Herbert. **The Bounds of reason: game theory and the unification of the behavioral sciences**. Princeton University Press, 2009. *passim*

pressupostos, entende-se que o indivíduo se comportará de tal maneira a maximizar essa função, sendo considerado um agente racional, também conhecido como *Homo Economicus*.<sup>126</sup>

No entanto, algumas linhas do agir humano não estavam abrangidas por esta teoria, visto que pensamentos contraditórios restavam excluídos dos requisitos da racionalidade da teoria econômica tradicional.

O conjunto de temas dentro da economia é dividido didaticamente em macroeconomia e microeconomia, e apesar de não haver consenso sobre o conteúdo de cada um, traçando-se a linha divisória a partir da “escala”, ou seja, o número de sujeitos que apresenta preferência por determinado tema.

Analisando-se dessa divisão, a microeconomia aborda fenômenos e mecanismos econômicos do ponto de vista das unidades econômicas individuais (que pode abranger indivíduos ou instituições maiores quando são tratadas como um todo), buscando explicar como e porquê as decisões econômicas serão tomadas de uma determinada maneira, utilizando termos como decisão e ação para tratar de comportamento, além de buscar entender como as unidades econômicas interagem entre si a fim de formar unidades maiores.<sup>127</sup>

A macroeconomia visa conduzir pesquisas sobre o comportamento econômico de maneira ampliada e sistêmica, utilizando conceitos da economia para explorar interações comportamentais complexas dentro de grupos e pessoas, expandindo a análise de comportamento para que venha a abranger temas macroeconômicos.<sup>128</sup>

Recentemente, instituições governamentais passaram a utilizar a economia comportamental como forma de atingir objetivos sociais do bem-estar social, porém, seus mecanismos de persuasão encontram questionamentos de ordem ética e política, já que eventualmente poderão ter influência no domínio privado, modificando a forma como serão feitas as escolhas individuais, sejam estas econômicas ou sociais.<sup>129</sup>

A Teoria da Perspectiva, de Tversky e Kahneman<sup>130</sup>, narra que as motivações

---

<sup>126</sup> GINTIS, Herbert. **The Bounds of reason: game theory and the unification of the behavioral sciences**. Princeton University Press, 2009. pp. 46 e ss.

<sup>127</sup> FRANCESCHINI, Ana Carolina Trousdell, FERREIRA, Diogo Conque Seco. Economia Comportamental: uma introdução para analistas do comportamento. **Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology**. Vol. 46, Num. 2, pp. 317-326, 2012 pp 317 e ss.

<sup>128</sup> *Ibid.* pp. 319 e ss.

<sup>129</sup> SUSTEIN, Cass. **The ethics of influence**. New York: Cambridge University Press, 2017 *passim*

<sup>130</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. **Judgement under uncertainty: heuristics and biases**.

racionais e emocionais têm papel fundamental no processo das escolhas econômicas, atuando de forma a moldar positiva ou negativamente a percepção dos incentivos econômicos, já que existem muitas variáveis nesse cenário que fogem da racionalidade, como desvios cognitivos e equívocos, fazendo com que o agente econômico não se comporte como o previsto pela teoria ou modelo.

Ainda, os autores demonstram que uma pessoa exposta a um quadro de incertezas ou informações truncadas ou incompletas pode apresentar reações irracionais, de acordo com as teorias econômicas neoclássicas, e que essas escolhas dependem de como o problema é apresentado e da disposição individual do sujeito para assumir riscos, podendo existir uma série de fatores que estejam bloqueando a opção desejada, aquela que seria considerada como a ideal frente ao problema.<sup>131</sup>

A complexidade do comportamento humano e, principalmente, seus reflexos nos diversos segmentos sociais exigem novas abordagens políticas para tratar dos riscos e efeitos sociais de escolhas trágicas. As políticas públicas levadas adiante pelo Estado de bem-estar social devem buscar a mais verossímil aproximação do que efetivamente busca modificar ou estimular incentivos de natureza neuro-comportamental. Muitas vezes, pequenos ajustes de natureza legislativa podem transformar a forma como as pessoas reagem aos incentivos.<sup>132</sup>

Kahneman<sup>133</sup>, em sua obra *Thinking, Fast and Slow*, aponta o pensamento cognitivo através de dois sistemas complementares, o Sistema 1, que toma decisões rápidas e intuitivas, e o Sistema 2, que toma decisões com maior precisão, raciocinando, porém, de forma lenta, possuindo estes ação complementar na vida do ser humano. Sistematizando as possíveis falhas cognitivas, busca-se a maneira de aperfeiçoar estes sistemas, o que também foi discutido por Sunstein e Thaler.

Em contraposição ao racional *Homo Economicus*, da Kahneman, Sunstein e Thaler<sup>134</sup> criam a figura do *Homer Economicus*, aludindo ao personagem da série de televisão *The Simpsons*, para representar o indivíduo que incorre em falhas de raciocínio sistemáticas, tema que gera o humor na série. Os autores consideram o

---

Science, v. 185, n. 4157, p. 1124- 1131, sep. 1974 *passim*

<sup>131</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124- 1131, sep. 1974

<sup>132</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, p.456-471, 2018 p. 463

<sup>133</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**, New York: Macmillan, 2011 pp. 26 e ss.

<sup>134</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. Pp. 22 e ss.

*Homer Economicus* mais próximo de um ser humano real, com racionalidade e força de vontade limitadas, o que pode vir a dificultar a promoção de seus próprios interesses na direção de seu bem-estar, pois age de forma contraditória a seus objetivos (não resistência a vícios conhecidos, procrastinação, dentre outros fatores apontados pelos autores).

As críticas de Andrew Fergusin<sup>135</sup> que se opõem ao uso da economia comportamental como ferramenta programática do bem-estar social narram que o Estado induz ilegalmente os comportamentos ao predefinir um quadro de opções já articuladas, uma vez que prescinde da autonomia da vontade individual, da declaração consentida e da manifestação inequívoca da intenção, já que as escolhas são previamente definidas pelo gestor público, o que reduz o campo de liberdade das pessoas, retirando destas o direito de errar e possivelmente aprender com seu erro.

Nesse sentido, existe um conflito ético, pois aponta-se a missão paradoxal do Direito e da Economia Comportamental, que pode ser resumida como a ampliação da liberdade de escolha, limitando as livres escolhas do agente econômico<sup>136</sup>, pois, pode ocorrer de que em algumas situações a arquitetura de escolha desrespeite aquilo que foi decidido pelos agentes econômicos, levantando questionamentos de natureza moral e ética, pois a escolha em si prescindirá de plenitude e consciência.<sup>137</sup>

No plano jurídico-político institucional, a economia comportamental busca preservar certo grau de liberdade dentro de um quadro predefinido de opções de baixo custo e impacto<sup>138</sup>, mas o uso extremado de políticas públicas vinculadas aos princípios do behaviorismo podem ocasionar risco à liberdade e à autonomia individual quando não haja a exigência do mínimo consenso ou acordo democrático.<sup>139</sup>

Questiona-se os limites do Estado na interferência do domínio privado, sendo os mecanismos de busca do incremento do bem-estar social da economia comportamental uma das mais polêmicas a partir da virada do Século XX.

Também critica-se o papel do Estado ao construir políticas públicas que

---

<sup>135</sup> FERGUSIN, Andrew. Nudge, nudge, wink wink: behavioral economics – The Governing Theory of Obama's Nanny State. **Time Magazine**, n. 19, abr. 2010

<sup>136</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471

<sup>137</sup> EPSTEIN, Richard. Behavioral economics: human errors and market corrections. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 73.1, p. 111-132, 2006

<sup>138</sup> BOWLES, Samuel. The moral economy, why good incentives are no substitute for good citizens. New York: **Yale University Press**, 2016 *passim*

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 *passim*

poderiam retirar do indivíduo sua liberdade de escolha, uma vez que as finalidades que deveriam ser alcançadas por este mecanismo de intervenção no domínio econômico são previamente apontadas pelo agente regulador, que possui uma relação direta com o comportamento dos agentes no ambiente socioeconômico em que estão inseridos.

Porém, é importante destacar que, para os comportamentalistas, as pessoas (físicas e jurídicas, eventualmente), não agem com plena consciência o tempo todo, então a função do Estado Regulador é de “empatar” os incentivos por meio da política de intervenção.<sup>140</sup>

Desta forma, o paternalismo libertário pode ser entendido como fruto da economia comportamental, bem como a arquitetura de escolhas, visto que as teorias têm pontos em comum, buscando esta última adequar as políticas propostas no campo social, concedendo ao sujeito maior capacidade de escolha, para que possa decidir claramente.

## 2.2 AS BASES DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Define-se paternalismo como instituições públicas ou privadas que não acreditam que as escolhas que as pessoas realizam por si mesmas sejam capazes de lhes garantir o estado de bem-estar comum, sendo necessário que medidas sejam tomadas em ordem a influenciar ou alterar as escolhas dos indivíduos para seu próprio bem, já que estes não contam com toda a informação que poderiam ter ao analisar suas opções, ou não são os melhores juízes do seu próprio interesse, o que os leva a escolher de uma maneira que não incorrerá em um aumento da sua qualidade de vida.<sup>141</sup>

Dworkin<sup>142</sup> aponta que paternalismo é a interferência por uma entidade externa na liberdade de ação do indivíduo, justificada por razões de necessidade, felicidade,

---

<sup>140</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471

<sup>141</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 28-45

<sup>142</sup> DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**. v.56.1 (1972): pp. 64-84

bem-estar, interesses ou valores em nome daquele que sofre a coerção, visto que a referida entidade, em tese, possui maior capacidade de saber ou agir com maior precisão na direção indicada como a mais adequada pelo próprio sujeito que teria a liberdade cerceada, ou então, baseando-se na ideia de que aquilo que foi escolhido pelo indivíduo não é o que o guiará ao melhor resultado possível a obter um nível de bem-estar elevado.

Segundo o autor, existem dois argumentos apresentados como justificativa para a elaboração de uma legislação paternalista, podendo até mesmo coexistirem, sendo a justificativa do Paternalismo Puro a proteção do indivíduo de danos que este possa vir a causar a si mesmo, beneficiando-se portanto da restrição de sua liberdade; e o Paternalismo Impuro, onde restringe-se um grupo ou categoria de indivíduos para proteger o bem-estar de outro grupo, ou da sociedade como um todo, alertando Dworkin que em alguns casos esse segundo argumento será visto não como paternalismo, mas como uma forma de proteger terceiros de danos causados por ações individuais, portanto, necessitando de justificativas mais fortes do que o primeiro argumento, pois esta ação não ocorre em benefício/interesse do próprio indivíduo.<sup>143</sup>

A colocação do interesse coletivo acima do interesse individual não pode ser confundida com paternalismo quando a coerção for o único meio possível de se atingir algum benefício coletivo reconhecido por todos os envolvidos, levando-se em consideração que a ausência de intervenção geraria, no máximo, alguns poucos benefícios individuais, embora, no paternalismo, um dos argumentos apresentados como justificativa seja o de que as pessoas são incapazes de reconhecer benefícios coletivos e limitar voluntariamente a ação individual para alcançá-los.<sup>144</sup>

Aristides Hatzis<sup>145</sup> aponta a existência da filosofia do paternalismo legal (*legal paternalism*), onde há a possibilidade de o Estado, quando necessário, legislar ações autorrelacionadas para que os indivíduos não tomem atitudes que lesem a si mesmos, sendo diferente do paternalismo puro, portanto, pois impõe restrições a ações individuais que causem dano a si mesmo, e não apenas a terceiros.

De maneira complementar ao conceito de paternalismo, se mostra igualmente

---

<sup>143</sup> DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist** v. 56.1. 1972 pp. 64-84

<sup>144</sup> *Ibid.* pp. 64-84

<sup>145</sup> HATZIS, Aristides N. From soft to hard paternalism and back: The regulation of surrogate motherhood in Greece. **Portuguese Economic Journal**, Vol. 49, No 3, p. 205-220, 2009. Pp. 209 e ss.

importante trabalhar a ideia de libertarianismo, também conhecido como libertarismo, uma filosofia política decorrente do liberalismo clássico, para que se possa entender a construção do paternalismo libertário sem que exista contradição no uso dos termos.

O libertarianismo tem como base os princípios da liberdade individual, liberdade política e associação voluntária, garantidos por um Estado mínimo. Seus principais expoentes, no século XX, foram Robert Nozick, Isaiah Berlin, Ludwig Von Mises e Friedrich Hayek, economistas e filósofos.

Para Robert Nozick<sup>146</sup> a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada como “restrição à ação” e não como um “estado final a ser realizado”, na medida em que o libertariano pode colocar a não-violação dos direitos como uma restrição à ação, sustentando o fato de que ser forçado a contribuir para o bem-estar de outrem viola-lhes os direitos. Nesse sentido:

A posição adotada por esse proponente do Estado ultramínimo será coerente se sua concepção de direitos sustentar que o fato de você ser forçado a contribuir para o bem-estar de outrem viola-lhe os direitos, ao passo que ninguém mais estar fornecendo-lhe coisas de que você necessita, incluindo coisas essenciais à proteção de seus direitos, não os viola em si, mesmo que ele não torne mais difícil para outra pessoa violá-lo.<sup>147</sup>

Postula que um Estado amplo violará os direitos das pessoas de não serem coagidas a realizar certas ações, o que não se justifica, portanto, o Estado mínimo é o mais certo possível, pois este não pode utilizar sua máquina de coerção para fazer com que os cidadãos ajudem uns aos outros, ou proibir atividades para pessoas que desejem realiza-las para seu próprio bem. Portanto, a função do Estado seria a de proteger a liberdade contratual, o direito de propriedade e a segurança dos indivíduos.<sup>148</sup>

Portanto, nesta doutrina preza-se pela soberania do indivíduo, bem como a garantia do princípio da não-agressão, impedindo a violação de direitos individuais sem uma contrapartida equivalente (liberdade negativa).<sup>149</sup>

Na seara da liberdade política, há a defesa da liberdade de expressão e da participação política dos indivíduos na sociedade, sem discriminações ou punições,

---

<sup>146</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994 *passim*

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 45

<sup>148</sup> *Ibid.* pp. 45 e ss

<sup>149</sup> BERLIN, Isaiah. TWO CONCEPTS OF LIBERTY. **Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969

assim como no liberalismo clássico (princípio do *rule of law*). Com relação à associação voluntária, visam a efetivação de um sistema econômico de livre mercado, onde os indivíduos possam se associar livremente, desde que de maneira mutuamente consensual.

Robert Nozick<sup>150</sup> trabalha o conceito de propriedade fundamentando-o no jusnaturalismo de Locke, onde o homem teria direito natural à propriedade privada, e a soberania seria o fato de ser dono de si mesmo e do seu trabalho, sendo injusta qualquer tentativa de retirar forçosamente a propriedade de seu dono.

Nesse sentido, as políticas redistributivas seriam uma forma de violação da propriedade, já que podem ir de encontro ao que o autor apresenta como a Teoria da Titularidade, que justifica a aquisição de bens quando; 1. A pessoa adquire-o de acordo com o princípio de justiça na aquisição tem direito a esse bem; 2. A pessoa que adquire o bem de acordo com o princípio de justiça na transferência tem direito a esse bem; 3. Ninguém terá direito a um bem, exceto por meio das aplicações de 1 e 2.

Isaiah Berlin<sup>151</sup> trabalha os conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa, abordados anteriormente, assim como Constant. Considera a liberdade negativa como o senso fundamental de liberdade, sendo os outros derivados desta.

O autor separa a liberdade em dois conceitos, o liberal, que trata da ausência de obstáculos, e o romântico, que trata das ideias de criação e de realização de um fim<sup>152</sup>. Defende a existência de uma modalidade de liberalismo a qual expõe que a liberdade requer como princípio primordial a não intervenção pública na esfera desobstruída que pertence ao sujeito, ou seja, a liberdade como não interferência.<sup>153</sup>

No entanto, isso significaria que a liberdade para prosperar na sociedade requereria a ausência de qualquer direito social, de tal maneira que a economia de mercado ficaria livre para funcionar, resultando na erosão tanto do conceito de liberdade positiva quanto de liberdade negativa. O liberalismo, a partir de dada compreensão, pode distorcer a liberdade a tal ponto que acabaria destruindo-a.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994 pp. 45 e ss.

<sup>151</sup> BERLIN, Isaiah. "Dois conceitos de liberdade: o romântico e o liberal". In: **As ideias políticas na era romântica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Pp. 44 e ss.

<sup>152</sup> *Ibid.* pp. 44 e ss.

<sup>153</sup> BERLIN, Isaiah. "Introdução". In: **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981. pp. 11 e ss.

<sup>154</sup> *Ibid.* pp. 11 e ss.

Conclui pela existência de fins relevantes que não são proporcionados pela liberdade negativa, como ordem e justiça social, sendo necessário que se pense na pluralidade de fins, aceitando intervenções moralmente aceitáveis, que seriam plenamente compatíveis com a liberdade negativa.<sup>155</sup>

Ludwig Von Mises<sup>156</sup> defendia a liberdade econômica como precursora da liberdade individual. Aponta que as pessoas requerem dinheiro como uma forma de adquirir outros bens, ou seja, por sua utilidade, e não por qualquer outro significado intrínseco a ele.

Apontava ainda que ao interferir na vida das pessoas os governos acabam destruindo os incentivos aos resultados e aos ganhos de eficiência, o que levaria à destruição da própria economia, tornando a população pobre e submissa aos seus governantes. Vincula também a intervenção estatal com a inflação, o que é prejudicial à população.

Friedrich Hayek<sup>157</sup> foi especialmente influenciado pelas ideias de Mises, defendendo que controlar a economia significava controlar a liberdade das pessoas, pois a economia planejada e o livre mercado seriam questões que vão além da economia em si, integrando a esfera da liberdade política, fixando as bases do totalitarismo.

Defendia que um sistema econômico centralizado não seria capaz de atingir seus objetivos, levando à supressão de quase todas as liberdades civis e ao baixo crescimento econômico, sendo que apenas uma sociedade livre, com o mercado submetido apenas à ordem espontânea derivada do estabelecimento voluntário das relações sociais, resultaria em progresso econômico e na preservação das liberdades civis.<sup>158</sup>

Logo, de acordo com os defensores do libertarianismo, a existência de um Estado só é justificada quando constituir um Estado mínimo<sup>159</sup>, abrindo-se espaço para discussão de alguma forma de redistribuição como compensação por bens tomados de maneira ilegítima caso estes princípios não restem satisfeitos.<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> BERLIN, Isaiah. "Introdução". In: **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981. pp. 16 e ss.

<sup>156</sup> MISES, Ludwig von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. *passim*

<sup>157</sup> HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. São Paulo: LVM Editora; 6ª edição, 2010. *passim*

<sup>158</sup> *Ibid.* *passim*

<sup>159</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994 *passim*

<sup>160</sup> SANDEL, Michael J. **Justice: What's the right thing to do?**. New York: Macmillan, 2010 pp. 35 e ss.

Michael Sandel aponta que a oposição libertária ao paternalismo se mostra a partir da violação da soberania e das liberdades individuais, pois os libertários irão se opor às leis que visem proteger as pessoas de tomarem atitudes que poderiam machucar a si mesmas, visto que a soberania do indivíduo significa que este sabe o que é melhor para si, não necessitando que suas decisões sejam influenciadas por um terceiro, qual seja, o Estado, sendo esta intervenção justificável apenas quando a atitude tomada pelo sujeito possa causar algum dano a um terceiro.<sup>161</sup>

No libertarianismo, valoriza-se tanto o processo de tomada de decisão quanto o resultado em si, diferenciando-se de uma abordagem consequencialista (paternalista), pois a responsabilidade pelo bem-estar do indivíduo recairá exclusivamente sobre este. Sunstein apresenta três grupos de casos difíceis onde soluções consequencialistas seriam adequadas, sejam estes, o primeiro grupo, onde as preferências das pessoas são transformadas pela intervenção estatal, o segundo grupo, que diz respeito aos problemas de autocontrole, e o terceiro grupo, onde as pessoas têm preferências indiferentes.<sup>162</sup>

O ponto em comum entre os dois conceitos se revela no importante papel normalizador do Estado no que diz respeito à cooperação com os cidadãos para o desenvolvimento de suas capacidades para que tomem ações autônomas sem prejudicarem-se.<sup>163</sup>

Riccardo Rebonato<sup>164</sup> também trata do processo de escolha, buscando justificar a necessidade de se atentar para a importância deste por meio de quatro assertivas, quais sejam; 1. A autonomia das decisões têm valor intrínseco relacionado com a própria condição de humanidade do sujeito, mesmo que essas escolhas não sejam sempre as mais adequadas; 2. Na maioria dos casos as escolhas individuais oferecem resultados que são bons tanto para as pessoas quanto para a sociedade, mesmo que sejam consideradas as falhas de mercado; 3. Mesmo que o Estado consiga solucionar a falha de mercado, não há garantia de que este seja bem-intencionado, podendo desviar seu interesse em benefício próprio, risco que torna a

---

<sup>161</sup> SANDEL, Michael J. **Justice: What's the right thing to do?**. New York: Macmillan, 2010 pp. 35 e ss.

<sup>162</sup> SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. Princeton: Princeton University Press, 2019. Pp. 06

<sup>163</sup> LEITÃO, André Studart, DIAS, Eduardo Rocha, CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: Uma ideia viável? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1 p. 273-288, 2017

<sup>164</sup> REBONATO, Riccardo. **Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism**. Palgrave Macmillan, 2012 pp. 31 e ss.

liberdade de escolha dos indivíduos mais segura; 4. O poder de escolha descentralizado e dado aos indivíduos pode ser mais eficiente para a sociedade ao mesmo tempo em que evita o empoderamento abusivo do Estado.

A fundamentação do paternalismo libertário, portanto, seria corrigir as falhas cognitivas encontradas na economia comportamental, a partir da ideia paternalista de promoção de bem-estar geral por meio do alcance da melhor qualidade de vida para os indivíduos melhorando o resultado das suas escolhas individuais, sem utilizar métodos de coerção, ao mesmo tempo em que tenta-se respeitar os princípios do libertarismo por meio da liberdade conferida ao indivíduo e não-coerção deste.

## 2.3 PATERNALISMO LIBERTÁRIO

O paternalismo libertário poderia ser considerado uma espécie de paradoxo, pois aqueles que se denominam libertários abraçam a liberdade de escolha, rejeitando o paternalismo, enquanto que aqueles considerados paternalistas costumam ser céticos quando ao resultado gerado pela liberdade de escolha e rejeitam o conceito de libertário<sup>165</sup>. O conceito foi desenvolvido pelos economistas americanos Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, sendo o termo mencionado pela primeira vez no ano de 2003, no artigo *Libertarian Paternalism*<sup>166</sup>, publicado pela revista *The American Economic Review*, e posteriormente melhor desenvolvido no livro *Nudge*<sup>167</sup>.

O paternalismo libertário é uma forma de influenciar escolhas e decisões individuais por meio de sugestões indiretas e incentivos positivos ao invés da utilização de métodos extremos, como a proibição direta ou coerção, buscando que essas escolhas levem ao bem-comum por meio de uma abordagem afirmativa, sendo o conceito de bem-comum desenvolvido pelas próprias pessoas que estarão sujeitas

---

<sup>165</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. *passim*

<sup>166</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, (May, 2003), pp. 175-179, 2003

<sup>167</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008

aos *nudges*.<sup>168</sup>

Frisa-se que a mera orientação não exclui a escolha considerada pior, apenas não a aconselha, deixando o indivíduo livre para que a tome caso assim prefira, mesmo que demonstrada a existência de opções melhores. A ênfase do paternalismo libertário não é bloquear as escolhas, mas sim guiar os indivíduos em direções que promovam o bem-estar e ao mesmo tempo permitam liberdade de escolha<sup>169</sup>. Apresenta-se a concepção dos autores:

A ideia do paternalismo libertário pode parecer um oxímoro, mas é possível e desejável que instituições públicas e privadas influenciem comportamentos, ao mesmo tempo em que respeitam também a liberdade de escolha. Frequentemente as preferências das pessoas não são claras e são malformadas, e suas escolhas inevitavelmente serão influenciado por regras padrão, efeitos de enquadramento e pontos de partida pré-estabelecidos. Nestas circunstâncias, não se pode evitar uma certa forma de paternalismo. Equipados com um entendimento das descobertas comportamentais de racionalidade limitada e autocontrole limitado, os paternalistas libertários devem tentar orientar as escolhas das pessoas em direções que venham a promover o bem-estar geral sem eliminar a liberdade de escolha individual. Também é possível mostrar como um paternalista libertário pode selecionar entre as várias opções possíveis e avaliar a quantidade de opções a serem escolhidas para oferecer. Tem-se exemplos práticos de muitas áreas, incluindo economia, direito do trabalho e direito do consumidor.<sup>170</sup>

De maneira complementar à ideia do paternalismo libertário tem-se o conceito de “benevolência libertária”, segundo o qual os efeitos da inclusão de padrões, enquadramento e fornecimento de ponto de partida adequado seriam listados especialmente no que concerne ao interesse de terceiros vulneráveis.<sup>171</sup>

Extrai-se que o fundamento do paternalismo é sempre gerar o bem, partindo da ideia de que o indivíduo tomaria determinada escolha se dispusesse dos meios necessários para saber que aquela é a que lhe trará maior benefício, ou menor prejuízo, já que nem sempre as escolhas giram em torno de maximizar algo positivo, eventualmente precisando-se escolher entre aquilo que gera o menor dano<sup>172</sup>. As pessoas nem sempre dispõem de todos os métodos para avaliar suas opções, mesmo que em boa parte das vezes acreditem que os tem, portanto, um *nudge* sutil tem o

---

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>170</sup> *Ibid.* pp. 1159 e ss.

<sup>171</sup> *Ibid.* pp. 1159-1202

<sup>172</sup> LEITÃO, André Studart, DIAS, Eduardo Rocha, CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: Uma ideia viável? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1 p. 273-288, 2017

intento de guiar os cidadãos mantendo sua liberdade.

A utilização do termo libertário, portanto, refere-se ao não uso da coerção na interferência das escolhas, pois existe a possibilidade de o indivíduo optar por não participar, ou ainda, escolher livremente, além das opções apresentadas como facilitadas, não há bloqueio de opções ou imposição de qualquer tipo de custo elevado que prejudique aquele que não opte pelo padrão oferecido e incentivado.

É considerado uma forma branda de paternalismo, pois observa que a pessoa sobre quem incide não é capaz de tomar as melhores decisões para si, por questões de ignorância, propensões irracionais, problemas de cognição, ou predisposições emocionais.

Ao contrário disso, o paternalismo forte/*hard* envolve o pressuposto de que intervir nas escolhas pessoais dos indivíduos é legítimo desde que isso seja feito com o fito de excluir opções que não sejam consideradas benéficas o suficiente de acordo com um padrão preestabelecido de bem-estar que deve ser perseguido, mesmo quando a ação tomada pelo indivíduo é precedida de reflexão e é deliberada e voluntária.<sup>173</sup>

No paternalismo *hard* ignora-se a pluralidade de pensamentos que individualizam o ser humano em uma sociedade, considerando que aquilo que é “bom” o será para todos, o que não é verdade por desrespeitar a liberdade e a individualidade do ser humano, ao ignorar que a autonomia privada é um importante direito fundamental.

O paternalismo libertário, exercido por meio da arquitetura de escolhas, é uma forma branda/*soft* de paternalismo, pois procura preservar a liberdade de escolha individual, interferindo por meio de sutis *nudges* que não devem tolher a autonomia da vontade do ser humano, pois não excluem a opção menos benéfica/pior, apenas a desincentivam por meio de campanhas que não são obrigatórias de serem seguidas.

A arquitetura de escolhas é parte essencial do funcionamento do paternalismo libertário, e segundo esta existem sujeitos em uma sociedade que atuarão como arquitetos de escolhas, podendo eles serem públicos ou privados, influenciado positivamente o comportamento dos outros indivíduos da sociedade para que estes tomem escolhas que os façam ter vidas mais longas, saudáveis, pacíficas, e almejem

---

<sup>173</sup> MURAMATSU, Roberta; FONSECA, Patrícia. **Um enigma do comportamento do consumidor no Brasil: análise comportamental do consumo procrastinado em um cenário inflacionário.** ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. pp. 445-458

o bem-comum da sociedade em geral. Nem sempre aquele que é um arquiteto de escolhas o faz deliberadamente, podendo acontecer essa influência de forma involuntária.

Busca-se preservar a liberdade individual, porém ao mesmo tempo influenciar de maneira a melhorar a vida do sujeito, segundo suas próprias convicções, respeitando, portanto, sua liberdade de escolha e ajudando-o a extrair o máximo de suas opções. Isso pode ser feito por meio de *feedback* positivo, sendo essa a melhor opção para Sunstein e Thaler<sup>174</sup>. Os esforços no paternalismo libertário são tomados de maneira consciente.<sup>175</sup>

Um arquiteto de escolhas, dentro desse cenário, teria como responsabilidade a organização do contexto onde o indivíduo precisa tomar a decisão, apresentando as alternativas de uma determinada maneira. Muitas vezes aqueles que cumprem o papel de arquitetos de escolhas em uma sociedade não percebem que o fazem, já que a sutileza da influência nem sempre é vista de forma deliberada, tanto por aqueles que estão sendo induzidos quando por aqueles que efetivamente induzem.<sup>176</sup>

O próprio *nudge* (empurrãozinho) pode ser considerado como a atividade paternalista libertária do arquiteto de escolhas, pois trata-se de uma intervenção sutil, simples e fácil de se evitar se esta for a vontade do indivíduo que a recebe, logicamente situada entre o paternalismo verdadeiro (*hard*) e o libertário. É importante frisar que nudges não são ordens, e sim meras orientações, portanto, não vinculam aquele que os recebe, sendo uma das características consideradas mais importantes a facilidade de se ignorar ou desviá-lo caso não queira segui-lo.<sup>177</sup>

Em alguns casos, os indivíduos fariam uma escolha que levaria a uma decadência da sua qualidade de vida, de maneira involuntária, por não possuir o conhecimento necessário para fazê-la de outra maneira que o beneficiasse ao invés de prejudicar, ou então pela falta de autocontrole necessário ao contexto em que a escolha estaria inserida.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. pp. 20

<sup>175</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>176</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014.

<sup>177</sup> LEITÃO, André Studart, DIAS, Eduardo Rocha, CIDRÃO, Taís Vasconcelos. Paternalismo: Uma ideia viável? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1 p. 273-288, 2017

<sup>178</sup> SUNSTEIN, THALER. *Op cit.* pp. 1159-1202

A noção de arquitetura de escolhas estabelece que existem formas de induzir alguém a tomar determinada decisão dentro de um contexto de opções, dependendo da forma como são desenhadas as alternativas possíveis de serem escolhidas, o que interfere diretamente na tomada de escolha de indivíduo e pode evitar situações onde este viria a optar por aquilo que lhe prejudique, ou poupá-lo de realizar uma escolha ativa em um cenário que aquilo não lhe pareça atraente<sup>179</sup>. Conta-se aqui com o fato de que os seres humanos nem sempre estão capacitados para escolher por conta própria porque não necessariamente sabem o resultado que almejam.

A arquitetura de escolhas se funda no bem comum, e não visa cercear as opções do indivíduo, apenas guiá-lo na direção almejada, ou seja, aquela que garantirá maior bem-estar de acordo com padrões já estabelecidos por uma sociedade democrática e pelo próprio sujeito, em todo seu processo de crescimento naquela sociedade.

Não se pode confundir o paternalismo libertário com mero paternalismo, sendo apontadas de maneira clara as diferenças por Sunstein e Thaler<sup>180</sup>, que narram que o paternalista libertário insiste na preservação da liberdade de escolha, apresentando opções que gerem resultados positivos de maneira facilitada e evitável caso essa seja a vontade do cidadão, e portanto não vinculando o sujeito àquela que é considerada a melhor opção, enquanto que o paternalista não libertário está disposto a excluir do catálogo de opções de escolha aquela alternativa que considere suficientemente negativa para quem está escolhendo, fato que claramente interfere na liberdade de escolha individual, desprezando a autonomia da vontade.

Em um plano político, o paternalismo libertário deve ser caracterizado como sendo simultaneamente de direita e de esquerda, analisando o comportamento dos indivíduos de forma heurística para definir por meio da arquitetura de escolhas qual decisão fornecer e em que amplitude a fim de minimizar ou erradicar problemas da sociedade, levando as pessoas à maximização daquilo que objetivam, por meio do mapeamento, ou seja, a relação entre o bem-estar buscado individualmente e a escolha a ser realizada.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> HORTA, Ricardo Lins. **Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas sobre o “Paternalismo Libertário”**. Pensar – Revista de ciências jurídicas V. 22, n. 2 (2017) pp 651-662

<sup>180</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. **Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron**. The University of Chicago Law Review. Volume 70. Fall 2003, Number 4 pp. 1159-1202

<sup>181</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. *passim*

Esse tipo de paternalismo é definido como um paternalismo brando, pois não será imposto nenhum tipo de previsão de escolha aos cidadãos, existindo como uma mera guia em direções que as farão atingir padrões melhores de acordo com suas próprias concepções de uma vida boa.<sup>182</sup>

A atitude da influência propriamente dita é o que dá título ao livro “*Nudge*”, uma espécie de cutucada, um “empurrãozinho”, dado com sutileza nos indivíduos, sem nenhum tipo de proibição ou imposição que impeça o sujeito de tomar uma escolha contrária àquela orientada pelo “*nudge*” se assim desejar, pois não há a exclusão de alternativas ou a coerção para que seja optado por determinada alternativa.

A atuação dos arquitetos de escolha que força o indivíduo a tomar uma decisão que fuja das opções predefinidas é chamada de “escolha obrigatória”, e ocorre geralmente em situações onde a escolha é simples, pois é entendido que os seres humanos cometem erros sistemáticos, o que deve ser esperado e previsto pelo arquiteto de escolhas a fim de evitá-los e elaborar sistemas de escolha mais eficientes e não frustrar o tomador de decisões.

Devem os arquitetos de escolha prestar atenção aos incentivos e feedbacks que serão fornecidos, os quais podem direcionar a atenção dos cidadãos influenciando inclusive a percepção do momento da escolha e sua atratividade. Uma escolha que pareça tediosa ou envolvida em um cenário muito complexo geralmente desestimulará o cidadão, que pode tomar atitudes não previstas.

O princípio que rege o paternalismo libertário está em torno das pessoas consideradas menos favorecidas, ou então, que contem com uma expansão reduzida da sua capacidade, buscando auxiliá-las sem implicar em um custo elevado para os outros indivíduos que já dispõem do conhecimento suficiente para realizar por conta própria suas escolhas individuais, ou seja, aqueles que contam com uma maior expansão da capacidade, ao contrário de outras técnicas de intervenção mais radicais que cerceariam sua autonomia da vontade e sua liberdade.<sup>183</sup>

O paternalismo libertário visa uma sociedade com um maior nível de equidade, respeitando a todos, mesmo que isso implique em permitir que estes tomem escolhas que podem os prejudicar.

---

<sup>182</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70, Number 4, 2003 pp. 1159-1202

<sup>183</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014.

O comportamento inconsistente e muitas vezes desatento do sujeito é o que leva a necessidade da existência do paternalismo libertário, sendo apresentado por Sunstein e Thaler dois principais recursos do sistema de raciocínio: O Sistema Automático e o Sistema Reflexivo<sup>184</sup>. Segundo explanado pelos autores, o primeiro é aquele não controlado, que não exige esforço, sendo associativo, rápido, inconsciente e habilidoso, enquanto que o segundo é controlado, exige esforço, é dedutivo, lento, consciente, e segue regras pré-estabelecidas.<sup>185</sup>

É trabalhado também por Sunstein e Thaler o momento em que o “empurrãozinho” (*nudge*) deve ser dado para influenciar o indivíduo, surgindo neste cenário aquela que é considerada a regra principal do paternalismo libertário: oferecer orientações que tenham a maior probabilidade de ajudar o sujeito positivamente, e a menor probabilidade de causar danos a este, simultaneamente.

Importa necessário, portanto, que se analise o contexto da situação como um todo, e não apenas o problema e as possíveis vertentes a serem escolhidas, além de que se reporta importante analisar a forma como o cenário que exige uma escolha será apresentado<sup>186</sup>. O respeito à individualidade é essencial dentro da arquitetura de escolhas, que será mais eficiente quando considerar mais variáveis.

Impende mencionar que o Estado não é neutro, pois está sempre atuando, visando suprir falhas de mercado, coordenar pessoas, consumos e ações em geral, portanto, a inclusão de uma forma de atuação que facilite a obtenção destes fins sem utilizar nenhum meio de coerção não viola a liberdade de escolha dos cidadãos. A desconfiança quando se trata do Estado utilizando seu poder para controlar escolhas do cidadão não é recente.<sup>187</sup>

Trabalha como possibilidade a guia moral onde as pessoas teriam duas escolhas em um ambiente sem paternalismo libertário, quais sejam: fazer o que a maioria das pessoas optou em fazer, ou, fazer o que as pessoas mais esclarecidas intelectualmente optaram por fazer.

Porém, qualquer das opções que seja escolhida importará em uma regra padrão que influenciará de maneira externa a decisão tomada, a não ser que opte por

---

<sup>184</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 19 e ss

<sup>185</sup> *Ibid.* pp. 19 e ss.

<sup>186</sup> *Ibid. passim*

<sup>187</sup> HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar – Revista de ciências jurídicas** V. 22, n. 2. 2017 pp 651-662

uma terceira via, a inércia, que se mostra tão ineficaz quanto a decisão tomada nos conformes das duas primeiras opções apontadas, visto que permitir que o indivíduo opte por não escolher é uma forma de preservar sua liberdade e autonomia<sup>188</sup>. Desta feita, entende-se que a escolha neutra é impossível de ser atingida, já que sempre existe um fator de influência externo, mesmo que este não seja atuante precisamente naquele momento.

## 2.4 A LINHA ENTRE A ESCOLHA ATIVA E O PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Frequentemente, as pessoas escolhem não escolher. A escolha ativa em si pode ser considerada um fardo ou um benefício extraordinário, dependendo do ponto de vista daquele que a deverá fazer e as circunstâncias envolvidas no cenário completo.

Eventualmente, pessoas delegam a escolha para instituições ou sujeitos em que confiem (em casos como previdência privada ou planos de saúde), voluntariamente, pagando quantias em dinheiro, muitas vezes vultuosas, para que façam as melhores escolhas para si, em virtude de não reconhecerem em si mesmos as qualidades necessárias para realizar a escolha mais acertada, considerando o conhecimento técnico daqueles que a farão em seu lugar extremamente valioso.

Esse tipo de decisão mantém a liberdade do indivíduo, que reconhece em si a incapacidade para decidir o que é melhor para si. Isso demonstra que a linha entre a escolha tomada por si próprio e a escolha feita pelo paternalismo é frequentemente ilusória.<sup>189</sup>

Levando em conta que em vários cenários uma escolha ativa se faz necessária, o paternalismo libertário oferece uma espécie de “caixa de ferramentas”<sup>190</sup> para guiar a escolha, por meio de uma análise de custo-benefício que irá medir as possíveis

---

<sup>188</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. Chicago: **The University of Chicago Law Review**. Volume 70, Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>189</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 129 e ss.

<sup>190</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, May, 2003, pp. 175-179, 2003

ramificações de qualquer escolha que venha a ser tomada por aquele que a deve fazer ou por outro por ele escolhido, facilitando a visualização do cenário completo para que seja decidido por uma das alternativas existentes.<sup>191</sup>

Em muitos casos, indivíduos ou instituições que parecem favorecer a escolha ativa estão em verdade orientando a decisão a ser tomada, portanto, substituindo a escolha de não escolher propriamente. A obrigação de escolher é uma forma de coerção, e assim vista por muitos sujeitos que se sentem intimidados ou enfadados com essa necessidade e que prefeririam delegá-la se possível.

A forma paternalista de prever a escolha pode ser considerada como uma maneira de diminuir a probabilidade de erros e sua magnitude caso ocorram, mas não faz com que as pessoas aprendam e desenvolvam suas próprias preferências para optar em escolhas futuras que podem lhes ser apresentadas, pois ficariam restritas a delegar sem se importar com o cenário e responsabilidades que poderiam decorrer da escolha.<sup>192</sup>

Nesse diapasão, o erro também é valioso, pois ensinaria os indivíduos como escolher, tornando-os mais ativos em escolhas futuras e diminuindo pontos negativos como irracionalidade ou incapacidade para a escolha.

No entanto, se for perguntado aos indivíduos se querem ou não escolher, e eles optem por escolha ativa, esta contará como uma forma de paternalismo libertário. Cass Sunstein<sup>193</sup> fornece em sua doutrina como exemplo uma empresa de computadores que permite ao usuário do seu produto escolher entre as configurações padrão (de fábrica) da máquina, ou então configurações personalizadas por ele mesmo, o que preservaria ativamente sua liberdade de escolha com relação ao produto, mantendo-o livre para delegar a escolha ativamente se assim preferir.

Dentro do conceito anteriormente exposto da “caixa de ferramentas” do paternalismo libertário, Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>194</sup> indicam que podem ser encontrados métodos indiretos para que seja medido o que maximizaria o bem-estar social e individual sem se apoiar em meras suposições, realizando-se desta forma a escolha em pauta, sendo eles:

---

<sup>191</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, (May, 2003), pp. 175-179, 2003 *passim*

<sup>192</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. *passim*

<sup>193</sup> *Ibid.* p. 19

<sup>194</sup> THALER, SUNSTEIN. *Op cit.* 175-179

a) a abordagem que a maioria escolheria caso fosse requerida a fazer esta escolha em especial, dentro desta mesma situação e cenário (entendendo-se as falhas que isso implicaria, já que a maioria pode não necessariamente optar por aquilo que traria o maior bem-estar e ainda assim seria uma escolha legítima), um efeito que dá segurança a quem está escolhendo por reconhecer sua opção no grupo que integra e sentir-se parte deste;

b) uma abordagem que obrigaria as pessoas a fazerem sua escolha de forma explícita, havendo também aqui um risco de que essas escolhas não sejam adequadas e tragam algum tipo de frustração àquele que está escolhendo, sendo preferível uma forma automática do que escolhas forçadas que não viria a impor esse fardo; ou

c) uma abordagem que minimize o número de opções, reduzindo o stress e a frustração gerada pela apresentação de várias vertentes quando da necessidade de se escolher e facilitando o processo de escolha, que passaria a ser menos penoso.<sup>195</sup>

O fato de a escolha ativa ser tão atrativa para as pessoas mascara o fato de ela ser, também, parte da arquitetura de escolhas. Pode-se considerar que a própria escolha ativa entre escolher ou não sugere algum tipo de procedimento padrão, regido pelos custos das decisões e custos dos possíveis erros que virão a ocorrer. O fato de uma pessoa optar ativamente por não escolher, envolve, de certa forma, o paternalismo libertário, não sendo considerada tal assertiva uma contradição.<sup>196</sup>

Portanto, uma política será considerada paternalista se houver uma seleção de alternativas com ânimo de influenciar uma escolha ou afetar as partes de maneira que fará com que a escolha seja tomada da “melhor forma” pelo sujeito, entendendo-se que “melhor forma” é um conceito que será medido da maneira mais objetiva possível como aquele que trará a maximização da felicidade individual e coletiva de acordo com os próprios conceitos daquele que escolhe e da sociedade que integra.<sup>197</sup>

Cabe aos arquitetos de escolha a função de estabelecer o que acontecerá caso as pessoas optem por não escolher, recaindo em uma forma de regra padrão, cenário que deve ser antecipado e adequadamente desenvolvido, prevendo eventuais erros que possam acontecer e opções para minimizá-los quando possível.

---

<sup>195</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5, (May, 2003), pp. 175-179, 2003 pp. 177

<sup>196</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 45

<sup>197</sup> THALER, SUNSTEIN. *Op. cit.* pp. 175-179

Matthew A. Smith e Michael S. McPherson<sup>198</sup> defendem que as regras padrão do paternalismo libertário e seus efeitos de modulação são capazes de promover valores como a igualdade e a equidade, uma visão aumentada do alcance da teoria de Sunstein e Thaler, indo além da mera busca por facilitar a escolha e visando uma sociedade que promova a equidade e a igualdade entre aqueles que a compõem.

## 2.5 CRÍTICAS AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

A maioria das críticas ao paternalismo libertário podem ser resumidas na possibilidade de *slippery slopes*, na falta de transparência, na substituição de escolhas, na interferência na autonomia e na possível ocorrência de contradição entre seus termos, ideias as quais foram trabalhadas pelos autores em suas obras.

### 2.5.1 SLIPPERY SLOPES

Acerca dos *slippery slopes*, é trabalhado na obra *Nudge* como antecipação de possíveis críticas pelos autores. A ideia central é o medo de que o nudge possa desencadear um efeito “bola de neve” de intervenção sobre as escolhas individuais, dando poder em demasia para o Estado ou os outros arquitetos de escolha.<sup>199</sup>

Não se pode prever com exatidão a extensão dos *slippery slopes*, pois podem ocorrer em quaisquer áreas, no entanto, os autores ressaltam que mesmo na democracia atual, diversas questões, a exemplo de políticas de descriminalização de drogas ou armas, podem acarretar em medidas mais severas por parte do Estado. O

---

<sup>198</sup> SMITH, Matthew A., MCPHERSON, Michael S. - NUDGING FOR EQUALITY: VALUES IN LIBERTARIAN PATERNALISM. *Administrative Law Review* Vol. 61, 2009 *passim*

<sup>199</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. Pp. 236 e ss.

exemplo utilizado é referente aos cigarros, onde mesmo com a existência de políticas de combate ao fumo, se mostrou necessária a criação de medidas de coação, como a proibição de fumar em lugares públicos, o que restringe a liberdade de escolha dos fumantes.<sup>200</sup>

As três respostas apresentadas pelos autores dizem respeito aos ataques que desqualificam a proposta sem analisá-la adequadamente ou de maneira aprofundada, o que deixaria de lado qualquer mérito que poderia ser atingido para focar em efeitos que não necessariamente seriam derivados da proposta, como incertezas remotas.

Em segundo lugar, argumentam que o paternalismo libertário é mais eficaz do que outras propostas para promover a liberdade de escolha, o que reduziria a progressividade das *slippery slopes*, já que a proposta promove a liberdade, pois poderia estender a liberdade de escolha até mesmo a domínios onde hoje não se pode optar.

Por derradeiro, fundamentam que o paternalismo libertário é, na verdade, inevitável. Apontam que nenhum cenário de escolha é verdadeiramente neutro, pois sempre serão apresentados estímulos nas mais diversas direções, o que não seria evitado pelos arquitetos de escolha, porém, guiar o indivíduo na direção que lhe promova mais bem-estar é uma alternativa viável.

Rebonato apresenta críticas ao dizer que o apelo para gerar bem-estar com maior efetividade não justifica uma intervenção paternalista, pois um dos pilares centrais da democracia é o método que se utiliza para colher determinado resultado, portanto, não se pode utilizar o fim para justificar os meios, o que demonstra a presença de um consequencialismo no paternalismo libertário.

O autor diz ainda que apesar de as defesas de Thaler e Sunstein serem insatisfatórias, as críticas também o são, visto que os argumentos geralmente utilizados acabam demonstrando-se contraditórios, pois em verdade os argumentos de *slippery slopes* estão escondendo certo desgosto pelo primeiro passo que deveria ser tomado em uma escala de gradualismo. Um exemplo é a proibição do uso da maconha por ser considerada um passo para o uso de outras drogas, mas a defesa da não proibição do cigarro, o que se demonstra uma lógica incompleta.

A verdadeira crítica de Rebonato é a possibilidade do uso progressivo dos

---

<sup>200</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008. Pp. 236 e ss.

meios imperceptíveis de persuasão, pois quanto menos visíveis forem os mecanismos da arquitetura de escolha, mais difícil se torna para que as pessoas abandonem a opção padrão oferecida, podendo ser influenciadas em direções que não coincidam com sua real vontade.

### 2.5.2 TRANSPARÊNCIA

O Paternalismo Libertário pode explorar vieses cognitivos imperceptíveis para o público alvo, e essa falta de transparência é motivo de preocupação para a doutrina, pois pode expressar arbitrariedade conferida ao Estado ou aos arquitetos de escolha para manipular os interesses das pessoas, conferindo um poder crescente que justificaria a violação de liberdades individuais.

Daniela Goya Toccheto<sup>201</sup> aponta quatro processos de manipulação governamental do pensamento dos indivíduos, lavagem cerebral, imagens subliminares, propaganda e provisão de informação. O primeiro consiste na mudança de convicção e crenças de forma compulsória e inconsciente, o que não é o caso do nudge. No entanto, as imagens subliminares e a propaganda poderiam ser utilizados como nudge sob o pretexto de que não estariam restringindo a liberdade, apenas direcionando informações.

A autora descreve que a apresentação de imagens subliminares pode apenas causar uma mudança de curto prazo na preferência do indivíduo, porém, atuam de forma despercebida no processo de deliberação, o que poderia representar algo preocupante.

Por sua vez, o processo de provisão de informação por parte das instituições públicas ou privadas se mostra o mais inofensivo dos métodos, pois coloca as informações à disposição de forma passiva, como um recurso, colocando a busca por estas no controle do indivíduo, que estará plenamente consciente das razões que

---

<sup>201</sup> TOCCHETO, Daniela Goya. Searching for the moral boundaries of nudge. **Diversitates**, vol 2., n 2, p. 14-43, 2010.

influenciaram seu comportamento.<sup>202</sup>

Thaler e Sunstein demonstram preocupação com a transparência<sup>203</sup>, alegando que esta restaria garantida pelo princípio da publicidade de Rawls, o qual sustenta que as partes avaliam concepções de justiça como reconhecidas publicamente, inteiramente efetivas e fazendo parte da concepção de moral, sendo a publicidade, juntamente com os princípios da generalidade, universalidade, ordenação de conflitos e finalidade, condição necessária para que qualquer decisão seja tomada na “posição original”, ou seja, dentro dos parâmetros daquilo que é considerado justo.<sup>204</sup>

Portanto, o princípio da publicidade está apto a funcionar como um limite na intervenção do governo pela utilização de mensagens subliminares ou propagandas, pois deve utilizar programas os quais possa defender publicamente a seus cidadãos, ou então estaria cometendo uma conduta antidemocrática<sup>205</sup>. Thaler e Sunstein buscam excluir do paternalismo libertário aquelas políticas que não podem ser defendidas publicamente, além daquelas que apresentem caráter manipulador, invisível e impossível de ser detectado ou monitorado.

Luc Bovens<sup>206</sup> diferencia *type interference transparency* e *token interference transparency*, entendendo o primeiro como a transparência por categoria de interferência, onde o governo declara claramente que adotará determinados tipos de mecanismos psicológicos para resolver problemas sociais, estabelecendo transparência quanto ao fato de que efetivamente utilizará estas medidas, não excluindo as subliminares. Segundo Bovens, utilizar apenas a *type interference transparency* é quase como fornecer poder a uma autoridade e torcer que ela não o exerça de forma abusiva. Sunstein e Thaler excluem esse tipo de medida do *nudge*<sup>207</sup>.

Já a *token interference transparency* se mostra como necessária para a transparência, se referindo a cada caso específico em que algo subliminar esteja presente, alertando claramente que o sujeito está sendo influenciado em determinada direção. Portanto, a *type interference transparency* sozinha não é suficiente para a

---

<sup>202</sup> TOCCHETO, Daniela Goya. Searching for the moral boundaries of nudge. **Diversitates**, vol 2., n 2, p. 14-43, 2010.

<sup>203</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 239

<sup>204</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: M. Fontes, 1997

<sup>205</sup> THALER, SUNSTEIN. *Op cit.* pp. 243 e ss.

<sup>206</sup> BOVENS, Luc. The Ethics of Nudge In: Grüne-Yanoff, Till and Hansson, Sven Ove, (eds.) **Preference Change: approaches from philosophy, economics and psychology**. Theory and Decision library A. (42), 2009. Pp. 207-219

<sup>207</sup> THALER, SUNSTEIN. *Op. Cit.* pp. 240 e ss.

permissibilidade de um nudge, devendo ser acompanhada pela *token interference transparency*, e quando a pessoa é informada da tentativa de direcionamento da sua escolha, pode contornar essa influência se quiser.<sup>208</sup>

Verifica-se que a transparência é essencial para garantir a liberdade de escolha efetiva, possibilitando que o indivíduo encontre qualquer possível manipulação, o que nem sempre ocorre, por razões de subjetividade que atuam sobre a tomada de decisão, o que pode gerar uma situação de imposição externa de valores que não condiz com um regime democrático.

### 2.5.3 SUBSTITUIÇÃO DAS ESCOLHAS

Um dos argumentos apresentados por Sunstein e Thaler<sup>209</sup> em defesa do Nudge é que não é possível realizar nenhum tipo de escolha neutra, pois estas estarão sempre vinculadas a estímulos que podem ser dados nas mais variadas direções, algo que não pode ser evitado nem mesmo pelos arquitetos de escolha, mas estes teriam o papel de influenciar o sujeito na direção que lhe ofereça bem-estar.

Mark White<sup>210</sup> alega que o *Nudge* é incapaz de promover os interesses individuais ao mesmo tempo em que respeite a liberdade de escolha, apontando dois problemas na premissa, quais sejam, que não há uma maneira para um observador externo saber quais são os interesses que comandam suas escolhas, e que não há justificativa para qualquer legislador tentar direcionar as escolhas de uma pessoa, mesmo que em razão de seus próprios interesses.

Na visão do autor os interesses são fundamentados em preferências, princípios e ideais, então a interpretação simplificada, que não leve em conta os vieses subjetivos ao tomar uma decisão, estão equivocados, pois, para que o bem-estar seja

---

<sup>208</sup> BOVENS, Luc. *The Ethics of Nudge* In: Grüne-Yanoff, Till and Hansson, Sven Ove, (eds.) **Preference Change: approaches from philosophy, economics and psychology**. Theory and Decision library A. (42). Springer, 2009. pp. 207-219

<sup>209</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 *passim*

<sup>210</sup> WHITE, Mark D. **The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism**. Palgrave Macmillan, 2013. *passim*

garantido é necessário que se respeite o caráter subjetivo e individualizado das escolhas.<sup>211</sup>

Ainda, narra que inexistente uma maneira de saber os verdadeiros interesses e intenções por trás de uma decisão, então as duas únicas opções possíveis são garantir o benefício da dúvida e assumir que a pessoa fez a escolha de acordo com suas preferências individuais, ou então questionar as escolhas, o que exige a realização de suposições de interesses não relacionados com o assunto principal. Não se pode admitir que um observador externo caracterize a escolha como boa ou ruim sem levar em conta essas questões subjetivas.<sup>212</sup>

Nesse sentido, a arquitetura de escolhas acabaria promovendo unicamente o interesse dos arquitetos de escolha, na medida em que não possui o conhecimento das vontades individuais de todos os cidadãos, o que resulta em paternalismo e na substituição de valores.<sup>213</sup>

#### 2.5.4 VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA

Cass Sunstein<sup>214</sup> reconhece que uma das críticas voltadas ao paternalismo libertário se funda na possibilidade de violação da autonomia, pois as pessoas deveriam ter, inequivocamente, o direito de decidir por si mesmas, mesmo que essas decisões acabem se mostrando negativas e prejudicando-as de alguma forma.

Esse argumento baseia-se na importância da dignidade humana, mas, assim como as tentativas de solucionar as falhas de mercado na economia comportamental, esses esforços não interferem na autonomia ou na dignidade, visto que produzem justamente o efeito contrário, promovendo a autonomia, pois apresentam tempo e recursos para decidir sobre assuntos urgentes.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> WHITE, Mark D. **The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism**. Palgrave Macmillan, 2013. Pp. 43 e ss.

<sup>212</sup> *Ibid.* pp. 43 e ss.

<sup>213</sup> *Ibid.* pp. 43 e ss.

<sup>214</sup> Sunstein, Cass. 2014. **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, CT: Yale University Press. Pp. 18 e ss.

<sup>215</sup> *Ibid. passim*

Existe também o risco de que as objeções fundadas na autonomia estejam baseadas em uma heurística do bem-estar, pois quando as pessoas insistem na possibilidade de cometer seus próprios erros podem estar aceitando que o argumento epistêmico esteja correto, e que elas sempre contarão com mais conhecimento da situação do que qualquer agente externo, principalmente se este for um agente governamental.<sup>216</sup>

Em verdade, a grande maioria das críticas ao paternalismo libertário invoca a autonomia e o bem-estar, apontando o medo de que o paternalismo torne a vida das pessoas pior do que melhor, levando-se em consideração a possibilidade de erro pelos governantes. Sunstein<sup>217</sup> argumenta que esse pensamento tem base empírica, e que não se tem base suficiente para argumentar contrariamente ao paternalismo.

As críticas vinculadas a uma possível privação da autonomia dependem da forma como o paternalismo se mostra, devendo ser evitável ao máximo qualquer regime que realize imposições ou limite a liberdade, o que não é o caso do paternalismo libertário.<sup>218</sup>

### 2.5.5 CONTRADIÇÃO DE TERMOS

A utilização dos termos “paternalismo” e “libertário” pode ser encarada por alguns como uma contradição, um oxímoro, o que poderia ser representado pela possibilidade de haver substituição de valores<sup>219</sup> no processo de utilização do nudge, violando a autonomia da escolha.

Vipin Veetil<sup>220</sup> narra que o paternalismo libertário é na verdade uma violação à liberdade de escolha, pois a metodologia empiricista-welfarista desconsidera o valor

---

<sup>216</sup> Sunstein, Cass. 2014. **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, CT: Yale University Press. Pp. 16 e ss.

<sup>217</sup> *Ibid.* pp. 16 e ss.

<sup>218</sup> *Ibid.* *passim*

<sup>219</sup> WHITE, Mark D. **The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism**. Palgrave Macmillan, 2013. Pp. 43 e ss

<sup>220</sup> VEETIL, Vipin P. Libertarian Paternalism is an oxymoron: an essay in defence of liberty. **European Journal of Law and Economics**, v. 31, n. 3, 2011 pp 321-334

do processo decisório, e basear políticas públicas apenas no resultado, sem dar valor ao processo decisório pode resultar em violações.

Também, diz que o *Nudge* foca em excesso nos resultados observáveis, ignorando o valor da liberdade bem como as consequências não previsíveis do paternalismo, o que leva à desconsideração da dinâmica de mercado da ordem espontânea, aquela que diz que a ordem extensiva resultou da conformação não intencional a certas práticas tradicionais e largamente morais, das quais seres humanos tendem a desgostar, não entender e que não conseguem provar a validade, mas que tem se espalhado por meios evolucionários espontâneos de seleção.<sup>221</sup>

A fim de garantir a preservação do sistema de ordem espontânea, as expectativas individuais dos indivíduos devem estar de acordo com a natureza das ações dos outros indivíduos, preservando-se aquelas que são baseadas em regras morais e éticas, que garantem o bom funcionamento da dinâmica, pois convergem para um processo de aprendizado, o que é dificultado pela imposição de valores externos.<sup>222</sup>

Não se pode, portanto, apontar contradição entre os termos do paternalismo libertário, apesar da diferença semântica, é um conceito complementar, que visa resguardar a liberdade de escolha ao mesmo tempo em que direciona o sujeito para atingir seus próprios objetivos.

---

<sup>221</sup> HAYEK, Friedrich August. **The fatal conceit: The errors of socialism**. University of Chicago Press, 2011.

<sup>222</sup> VEE VEETIL, Vipin P. Libertarian Paternalism is an oxymoron: an essay in defence of liberty. **European Journal of Law and Economics**, v. 31, n. 3, 2011 pp 321-334

### 3. A ARQUITETURA DE ESCOLHAS

A arquitetura de escolhas entende que a permissão para que agentes econômicos realizem a tomada de decisões em contextos de incerteza será positiva partindo do pressuposto que as pessoas, desde que estejam bem informadas, estarão dispostas a tomar decisões que busquem contribuir para o bem-estar público e individual, ou seja, desde que possível, tomarão decisões consideradas naturalmente altruístas, e esperarão contribuições recíprocas dos outros membros da sociedade.<sup>223</sup>

De um ponto de vista biológico, escolhas que violam a “compatibilidade da resposta ao esforço” não são adequadas. Nesse mecanismo aborda-se o indivíduo ao qual interessa o sinal que recebe (estímulo) devendo ser compatível com a ação desejada, visto que, se isto não ocorrer, ou ocorrer de forma inconsistente ou deficitária, a ação tomada provavelmente não terá o resultado esperado e gerará frustração.<sup>224</sup>

Desta feita, a escolha é parte importante da vida do cidadão porque é o meio de atingir seus objetivos, valorizando-se a liberdade de escolher em si própria. Questões que sejam arquitetadas de modo a ignorar o apontamento exposto contarão com uma maior incidência de erros, pois deixam de lado os fatores intrínsecos dos seres humanos presentes em todo processo de tomada de decisão individual ou coletivo, que se trata do fato de que estes têm preferências individualizadas, além de crenças e compromissos que optem por manter mesmo quando isso requeira uma escolha que não necessariamente lhes gerará a maior quantidade de bem-estar naquele momento imediato.

A arquitetura de escolhas, portanto, é a forma de se influenciar a tomada de decisão para que esta venha a refletir um bom entendimento do comportamento humano, maximizando o bem-estar social e individual, dentro da definição que tenha sido adotada para este na sociedade em pauta e por aquele que precisa escolher.

A análise econômica comportamental deve então fazer uso de instrumentos de incentivo para atingir o comportamento considerado adequado pela maioria, visando,

---

<sup>223</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471

<sup>224</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 *passim*

quando aliada ao Direito Público, reduzir a assimetria de informações para que o indivíduo possa tomar a decisão que pretende de forma menos enviesada, ampliando-se a rede de benefícios que possa atingir, o que, de outra forma, não será possível, ou então não estaria disponível àquele sujeito em particular, mas sem apresentar nenhum tipo de externalidade negativa.<sup>225</sup>

É também parte da arquitetura de escolhas decidir aquilo que acontecerá se o indivíduo optar ativamente por não fazer nada, ou apenas negligenciar sua escolha por um logo tempo em virtude da indecisão ou da frustração de precisar escolher, apresentando-se nesse cenário as escolhas padrão com uma força apelativa enorme, fato que foi descoberto e explorado por várias organizações públicas e privadas de sucesso, as quais utilizam-se desse mecanismo para tornar a vida daquele que precisa realizar a escolha mais fácil, embora isso possa ser considerado controverso pelo lucro que gera a estas organizações e por questões referentes a autonomia da vontade individual e sua possível violação, além da coleta de dados necessária para que isso seja implementado.<sup>226</sup>

Muitos indivíduos não se preocupam com a coleta de dados ou então não visualizam o quanto isso poderia ser um problema no futuro, com as implicações que decorreriam, preferindo fornecer dados e facilitar a escolha do que responsabilizar-se por escolher uma das alternativas.

As regras padrão são, conforme já narrado anteriormente, inevitáveis, muitas vezes não podendo ser ignoradas ou contornadas por instituições privadas e pelo próprio sistema jurídico. Nos casos em que o arquiteto de escolha se aproxima daquele que deve fazer a escolha para forçá-lo a decidir por conta própria, pode estar tratando de uma “escolha obrigatória” ou de uma “escolha mandatária”, onde, caso uma opção não seja tomada, será impossível atingir o resultado pretendido pelo indivíduo que está escolhendo.

Dentro dessa escolha forçada, aqueles que a estão tomando frequentemente irão se referir a ela como uma espécie de chateação ou incômodo, preferindo optar pela alternativa padrão que não lhes exige esforço, sentindo também segurança nessa opção por acreditarem que já foi analisada por um grupo de pessoas com capacidade

---

<sup>225</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 pp. 456-471

<sup>226</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 p. 243

técnica maior e aceita pela maior parte da sociedade em que estão inseridos.

Ainda, tratando especialmente de escolhas difíceis ou com cenários que implicam em muitos desdobramentos, a maioria das pessoas aprecia ter uma opção padrão, que lhes oferece conforto, preferindo desta forma não serem forçados a escolher ativamente e a lidar com as consequências que isso pode impor, além de direcionar seu esforço para outras atividades que lhes agradem mais.<sup>227</sup>

No entanto, as “opções padrão” geralmente são mais adequadas para escolhas simples, rotineiras, pois, ao tratar de escolhas complexas e altamente individualizadas, pode ocorrer de a escolha padrão nem mesmo ser possível de ser formulada (em suas alternativas), já que a quantidade de contextos particulares envolvidos supera até mesmo a modelação de uma alternativa comum que compile essas informações e particularidades. Nesse caso, não se pode evitar a escolha ativa, mesmo que aquele que a esteja tomando a veja como uma chateação e acabe frustrado.

Na arquitetura de escolhas, conforme supramencionado, é trabalhada a previsão de que os seres humanos cometem erros, portanto, tem-se que um sistema bem estruturado deve ser desenhado para ser o mais compreensivo possível com a possibilidade de que algum erro inesperado ocorra, facilitando a correção do problema pelo sujeito tanto quanto possível, fator que gera segurança ao indivíduo que utiliza o sistema e o torna mais propenso a optar, pois sente segurança em poder reverter algo que perceba errado.<sup>228</sup>

Aliando-se o processo cognitivo biológico criado ao se estabelecer uma rotina com a arquitetura de escolhas, extrai-se que a melhor maneira de melhorar o sistema humano é por meio do fornecimento de “*feedbacks*”, ou seja, respostas dadas aos indivíduos de modo a informá-los se estão tomando decisões acertadas ou não, e mostrando possíveis margens para melhora, estimulando-os a agir daquela maneira em outros contextos.<sup>229</sup>

Assim, mais uma vez, o sujeito entende seguro o processo de tomada de decisão, além de sentir que sua atitude é legitimada pelo grupo que compõe, sentindo-se estimulado a optar.

---

<sup>227</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 73 e ss.

<sup>228</sup> *Ibid.* pp. 73 e ss.

<sup>229</sup> *Ibid.* pp. 75 e ss.

O mapeamento de escolhas é um processo essencial para a arquitetura de escolhas, consistindo o primeiro na relação traçada entre a escolha e o bem-estar gerado pelo resultado desta (considerando que bem-estar não necessariamente corresponde ao resultado mais agradável individualmente, dadas as infinitas peculiaridades humanas e de problemas e contextos que necessitam uma escolha, podendo referir-se a compromissos que o indivíduo deseja manter, ou mesmo aquilo que conscientemente considere melhor, e não sendo considerado o melhor resultado para a coletividade como a soma de todos os interesses individuais).

Um bom sistema de arquitetura de escolhas ajudará o indivíduo a traçar com facilidade seu mapeamento de escolhas de acordo com suas preferências, podendo assim selecionar as opções que lhe serão mais adequadas e reduzir o processo de escolha ao máximo.

Uma maneira adequada de fazer isso é por meio da facilitação da divulgação de informações acerca das opções para as escolhas, tornando-as mais compreensíveis e apontando seu uso prático, o que as torna atrativas.<sup>230</sup>

Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>231</sup> demonstram seis princípios para uma arquitetura de escolhas adequada, sendo eles: incentivos, o entendimento de mapeamentos, escolhas padrão, dar “*feedback*” ou respostas, o tratamento de erros esperados e a estrutura de escolhas complexas<sup>232</sup>, de forma que esta última alternativa será tratada de maneira mais aprofundada em sequência.

### 3.1 A ARQUITETURA DE ESCOLHA E AS ESCOLHAS COMPLEXAS

Os indivíduos adotarão estratégias diferentes para tomar decisões dependendo das opções disponíveis, tomando em consideração fatores como a quantidade de opções e sua complexidade, além da forma como estas sejam apresentadas.

Ao se deparar com poucas alternativas, seres humanos tendem a analisá-las

---

<sup>230</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 107 e ss

<sup>231</sup> *Ibid.* pp. 112 e ss.

<sup>232</sup> *Ibid.* pp 112 e ss.

de forma mais detalhada, verificando todos os seus atributos e nuances que podem ser substituídas, bem como desdobramentos e suas possíveis implicações, no entanto, quando as opções são muitas e variadas em diversos sentidos, a tendência é que sejam necessárias estratégias alternativas, as quais podem não funcionar conforme o esperado, trazendo resultados danosos e por vezes irreversíveis.<sup>233</sup>

Percebe-se que é impossível que um ser humano analise todas as implicações de todas as alternativas que lhe sejam apresentadas, visto que precisará fazer diversas escolhas diariamente, as quais podem ser simples ou complexas.

Dentro disso, deve ser considerada a estratégia descrita como “compensatória”, onde o alto valor de uma característica pode vir a compensar o baixo valor de outro atributo de uma alternativa, tornando-a mais ou menos atraente de acordo com essa análise (entendendo-se valor como um conceito amplo e mutável de acordo com a individualidade daquele que tomará a escolha e o contexto que vivencia, e não apenas em uma esfera econômica).<sup>234</sup>

Outra estratégia a ser considerada é a que Amos Tversky nomeou de “eliminação por aspectos”, na qual, a primeira decisão a ser tomada será qual aspecto da escolha é o mais importante, estabelecendo um nível de corte que por certo eliminará algumas das opções disponíveis, diminuindo o leque de alternativas que podem vir a ser escolhidas e facilitando sua exploração em busca da mais adequada.

O processo pode ser repetido por várias vezes, mudando-se os atributos para que este leque seja diminuído ainda mais, estreitando-o tanto quanto possível com vistas a certificar a possibilidade de realizar a melhor escolha possível para aquele indivíduo em questão.<sup>235</sup>

Quando as pessoas optam por esse tipo de estratégia de redução de alternativas, aquelas opções que estão abaixo da linha de corte deixam de ser consideradas, mesmo que estas possam ser incríveis se vistas de outra égide ou por outro ser humano que vivencie outro contexto social e tenha outras preferências pessoais.

Essa estratégia de simplificação relaciona-se com a arquitetura de escolhas na medida em que quanto mais complexa é a escolha a ser feita, maior é a chance do

---

<sup>233</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 112 e ss.

<sup>234</sup> *Ibid.* p. 95

<sup>235</sup> *Ibid.* pp. 113 e ss.

seu resultado final sofrer algum tipo de influência externa de terceiros (seja esta para melhor ou para pior), mostrando-se necessária uma boa arquitetura de escolhas que venha a prover uma estrutura adequada para que seja evitado um resultado deletério ao agente.<sup>236</sup>

Destaca-se também a existência de uma espécie de “filtro colaborativo”<sup>237</sup>, onde serão utilizados os julgamentos proferidos por outras pessoas que pensem de maneira similar ao agente (ou que contem com gostos similares), com vistas a filtrar um catálogo vasto e apontar uma possível escolha adequada, ou mais acertada.

Esse filtro é uma das maneiras de solucionar problemas ocasionais da arquitetura de escolhas, e é adotado amplamente em ambientes virtuais, tornando escolhas potencialmente difíceis mais fáceis de serem realizadas pelos indivíduos que se embasaram em outros que precisaram fazê-la antes deles.<sup>238</sup>

Impende mencionar que a escolha estruturada deve ser vista como uma forma de fazer com que as pessoas aprendam a escolher ativamente por si mesmas, podendo, dali em diante, em futuras decisões necessárias apresentadas, realizar melhores escolhas de forma ativa e sem depender de conceitos similares ao de simplificação, o que dá valor a possíveis erros cometidos, os quais poderão ser evitados na próxima vez que escolha semelhante seja requerida.

Existem fatores como preços e incentivos que influenciam diretamente na forma como uma escolha será tomada. Os arquitetos de escolha devem dar especial atenção aos incentivos que serão fornecidos ao elaborar um sistema, apontando os estímulos acertados às pessoas corretas, identificando seu perfil de consumo e adequando as respostas a estes para maximizar o resultado a ser atingido.<sup>239</sup>

Pode existir conflito de incentivos, cenário onde deve ser realizada uma análise da resposta padrão fornecida, verificando se aquele que faz a escolha percebe que está sendo incentivado a tal ou não (sendo na maioria das vezes a resposta para a questão negativa).

Este conceito relaciona-se com o conceito de capacidade de Amartya Sen apresentado anteriormente na medida em que várias escolhas podem vir a ser excluídas sumariamente do catálogo apresentado pelo fato de o indivíduo que está

---

<sup>236</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008 pp. 96 e ss.

<sup>237</sup> *Ibid.* p. 96

<sup>238</sup> *Ibid.* pp. 96 e ss.

<sup>239</sup> *Ibid.* pp. 81 e ss.

fazendo a escolha não contar com a capacidade expandida suficientemente para optar por determinadas situações, mesmo que elas estejam dispostas para ele formalmente, podendo esta capacidade tratar-se de questão financeira ou não, sendo delimitada pelas inúmeras peculiaridades humanas alheias a vontade daquele que está escolhendo.

Márcio Cunha Filho aponta que, em casos difíceis, o paternalismo libertário pode se tornar consequencialista ao minimizar o valor da liberdade de escolha, aproximando-se de uma forma mais dura de paternalismo<sup>240</sup>. Na prática, essa arquitetura de escolhas tomaria partido em prol do bem-estar, defendendo até mesmo mecanismos coercitivos em caso de falha ao atingir este objetivo pré-estabelecido, sob o argumento de protegê-las.

Apesar de admitir imposições, Sunstein afirma que uma decisão impositiva e não meramente orientativa deve ser tomada com cautela e relutância, mas, ainda assim, desvia do plano de proteger a liberdade de escolha do cidadão, pendendo para o consequencialismo ao priorizar o bem-estar.

### **3.2 AS INSTITUIÇÕES COMO PARTE DA ARQUITETURA DE ESCOLHA**

Existe, dentre as instituições públicas ou privadas, a possibilidade de alavancar novos arranjos de mercado, ou então aqueles costumeiros, a parte das questões que possam ser impostas pelo Estado como sanções.

Desta feita, ao invés de impor a escolha ativa, uma instituição pode optar por fornecer regras padrão, especificando o que acontecerá se as pessoas optarem por não escolherem, e explicando os possíveis resultados da escolha pelos padrões oferecidos.

Nesse sentido, a escolha ativa de comprar um produto pode envolver resultados que não necessariamente têm a ver com o produto em si ou sua aquisição, porém mostrando-a condicionada a isso, sendo uma esta forma de apontar suas

---

<sup>240</sup> CUNHA FILHO, Marcio. Sobre a Liberdade: o paternalismo libertário concilia deontologismo e consequencialismo?. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, n.31, 2020 pp.405-414.

preferências e gerar dados pessoais, os quais são rastreáveis para que se monte um perfil de compra que posteriormente pode ser utilizado mesmo para benefício próprio da instituição, com o pretexto de facilitar a vida do usuário consumidor daquele nicho.<sup>241</sup>

Estas instituições adotam o paternalismo libertário ao utilizar a arquitetura de escolhas para buscar orientar as escolhas dos indivíduos em direções que garantam sua máxima qualidade de vida (inferida de acordo com aquilo que buscam) sem de fato definir qual escolha deva ser tomada por eles, garantindo assim sua liberdade de optar<sup>242</sup>, mesmo que esse tipo de sistema esteja voltado para gerar mais lucro a estas empresas.

A humanidade projeta bens, produtos e serviços os quais visa garantir o consumo por meio do projeto e molde de padrões comportamentais coletivos, os quais influenciam diretamente na escolha e na vontade de tomar aquela decisão pelo indivíduo, o que é ainda mais acentuado com a tecnologia emergente e a gama de informação recebida.<sup>243</sup>

Ainda, mesmo com a possibilidade da escolha ativa, muitas pessoas podem optar pelas escolhas padrão já montadas pelas instituições responsáveis pela arquitetura de escolha (e geralmente montadas a partir de dados recolhidos sobre a população em geral, tais quais, faixa etária, preferências pessoais de qualquer ordem que lhes seja interessante, categoria demográfica, dentre outros), declinando-se a opção “personalizada” pelos mais variados fatores.

Esse tipo de escolha evita muitas das influências da regra padrão, respeitando a autonomia e liberdade de escolha individual ao mesmo tempo em que permite que a escolha padrão seja tomada por aqueles que assim preferirem, embora o método de escolha ativa simplificada não possa ser considerado como uma solução perfeita para aqueles que genuinamente não querem escolher opção nenhuma, pois estão, de certa forma, sendo obrigados a tomar uma decisão (mesmo que esta seja a de não escolher).<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014. pp. 45-51

<sup>242</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003. Pp. 1159-1202

<sup>243</sup> DELGADO, Joedson de Souza e GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Legalização dos Cigarros Eletrônicos no Contexto de Liberdade e Autonomia do Indivíduo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 23 n. 3, 2018.

<sup>244</sup> SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014.

Desta feita, o paternalismo libertário como forma de escolha ativa entre escolher ativamente algo ou optar pela definição padrão conta com uma dimensão não libertária.<sup>245</sup>

Defende-se que o paternalismo libertário, quando adotado pelas instituições públicas ou privadas para influenciar o processo de tomada de decisão dos cidadãos, evitará efeitos arbitrários ou danosos ao ser humano e à sociedade em que esteja inserido, sendo mais provável que venha a promover o bem-estar geral da sociedade, de uma forma adequadamente definida e pré-estabelecida.<sup>246</sup>

O aspecto paternalista aqui adotado consiste no pleito de que é legítimo para instituições públicas ou privadas realizar essa tentativa de influência quando o resultado almejado é a maximização do bem-estar social e individual, mesmo na ausência de uma terceira parte, sem proibir que uma possível decisão deletéria seja tomada, pois, enquanto as pessoas não estejam escolhendo de forma adequada por si mesmas é ao menos possível que se tomem medidas para que estas escolhas sejam melhores, no sentido de aprimorar o resultado obtido e elevar o bem-estar gerado por ele.<sup>247</sup>

O Estado como instituição contribui para a sociedade quando busca conscientizar/sensibilizar gestores e cidadãos de uma apropriada resposta política, utilizando-se da arquitetura de escolhas para efetivar o direito fundamental da cidadania, por meio de regulamentação que não necessariamente implicará em medidas que determinem proibições.<sup>248</sup>

As políticas que consideram a arquitetura de escolhas como uma alternativa viável são vitais para o aumento do bem-estar social na medida em que ajustes de programas que contemplem mecanismos indutivos de comportamento, incentivos comportamentais para a tomada de decisão ou contrapartidas financeiras para estimular comportamentos adequados pelo gestor público conseguem, em geral, conduzir o comportamento dos agentes econômicos em um sentido que beneficiará a

---

pp 45-51

<sup>245</sup> *Ibid.* pp. 45-51

<sup>246</sup> SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, Vol. 108, No. 7 May, 1995. pp. 1733-1772

<sup>247</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70, Number 4, 2003. pp. 1159-1202

<sup>248</sup> DELGADO, Joedson de Souza e GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Legalização dos Cigarros Eletrônicos no Contexto de Liberdade e Autonomia do Indivíduo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 23 n. 3, 2018.

coletividade, no entanto, as políticas públicas tendem a gerar certo grau de conflito entre as posições antagônicas, como conflitos de interesse, e o behaviorismo não é exceção, já que ao fazer uso em larga escala de instrumentos normativos com base em mecanismos comportamentais essas políticas públicas serão completamente diferentes daquelas realizadas com base nos mecanismos tradicionais de coerção, ou seja, as normas elaboradas com base no poder de polícia do Estado.<sup>249</sup>

### 3.3 OS EFEITOS DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS E DAS DECISÕES PADRÃO

Verifica-se que a arquitetura de escolhas, por meio de suas decisões padrão, atinge efeitos concretos e de grandes dimensões. Para que isso possa ser entendido, Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>250</sup> diferenciam o conceito de “sugestão” do de “inércia”.

No primeiro, em face da incerteza sobre o que fazer algumas pessoas buscam se apoiar naquilo que o maior grupo de pessoas fez, ou naquilo que os sujeitos considerados intelectuais fizeram, fator que pode inclusive prevalecer sobre suas preferências pessoais. Já no conceito de “inércia”, qualquer mudança na regra padrão é passível de requerer uma ação em resposta.

Ainda, trabalham o “efeito de doação”, o qual diz que a regra padrão pode criar um efeito de doação puro, onde as pessoas terão suas decisões afetadas por onde o bem estava alocado antes de ser direcionado a elas; e, por derradeiro, apresentam o conceito de “preferências mal formadas”, onde, como o título explica, entende-se que as preferências das pessoas não estão adequadamente formadas, e podem gerar resultados inadequados ou inesperados.<sup>251</sup>

A decisão padrão é aquela para a qual o resultado seria convergido naturalmente se nenhuma outra decisão for tomada, ou nenhuma outra intervenção

---

<sup>249</sup> MURAMATSU, Roberta; FONSECA, Patrícia. **Um enigma do comportamento do consumidor no Brasil: análise comportamental do consumo procrastinado em um cenário inflacionário**. ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. p. 8

<sup>250</sup> SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003 pp. 1159-1202

<sup>251</sup> *Ibid.* pp. 1159-1202

realizada. Mudanças de contexto podem promover o desenvolvimento ao mudar o contexto da tomada de escolha, especialmente em situações onde a escolha seja tomada automaticamente a não ser que uma alternativa seja especificada.<sup>252</sup>

Os mecanismos políticos da decisão seriam o enquadramento, a ancoragem, a simplificação, os lembretes e os dispositivos de compromisso, que poderiam ser utilizados por aqueles que fazem as regras a fim de ajudar as pessoas a realizar melhores escolhas por meio das decisões padrão.<sup>253</sup>

Deve-se superar a divisão entre intenção e ação, pois no modelo econômico padrão assume-se que os indivíduos possuem força de vontade ilimitada, contendo os impulsos do sistema automático, mas desconsiderando que o sistema deliberativo possui capacidade limitada. Um exemplo disso é a falha no tratamento da HIV/AIDS, pois os pacientes não o realizam por completo, deixando de tomar a medicação diariamente por uma falha na sua força de vontade, uma dicotomia entre a intenção e a ação.<sup>254</sup>

Desta feita, o que seria a decisão-padrão (tomar o medicamento duas vezes por dia) sofre a influência de questões internas do indivíduo que o estão guiando em uma direção que diminui sua qualidade de vida, sendo optado por outra via (não tomar o medicamento pelo custo que isso impõe). Deve-se considerar também que a falta de atenção pode gerar o mesmo resultado.

Reitera-se que a arquitetura de escolhas não é exercida apenas pelos governantes, já que a sociedade está sujeita a uma série de decisões padrão em todos os contextos, diariamente, moldadas para poupar tempo e direcionar o protagonista da escolha ao que ele realmente deseja.

### **3.4 O USO DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS PARA FINS QUE VÃO ALÉM DA PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR**

---

<sup>252</sup> WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior**. Washington, DC: World Bank. 2015

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> *Ibid.*

A arquitetura de escolha de Sunstein e Thaler, desenhada para promover o bem-estar, pode acabar gerando uma influência de certa égide imprevisível na sociedade.

Ao promover o bem-estar, certa ordem de fatores está presente, quais sejam, (1) um grupo de pessoas que têm preferências sensíveis a determinado tipo de arquitetura de escolhas, tais quais a mudança naquela arquitetura específica promoverá a mudança na escolha do grupo como um todo; (2) as mudanças de comportamentos preordenadas de tal forma que conduzam a uma maior qualidade de vida do que outras; e (3) os arquitetos de escolhas como um mecanismo capaz de escolher a arquitetura que fará um grande número de pessoas se comportam de determinada maneira que a guie a uma maior qualidade de vida do que outras fariam.<sup>255</sup>

Além da orientação no sentido que gere a maior qualidade de vida para o indivíduo, Matthew A. Smith e Michael S. McPherson<sup>256</sup> defendem que a arquitetura de escolhas é capaz de promover outros valores, tais quais a liberdade e a igualdade.

Apontam que o uso do termo liberdade por Sunstein e Thaler é quando o indivíduo pode escolher a opção que preferir, sem que seja barrado por leis ou regras organizacionais, uma “liberdade formal”, pois necessita da ausência de restrições formais para sua plena efetivação, sendo assegurada pela inclusão e exclusão de regras padrão.

Essa espécie de liberdade contrasta com a “liberdade substantiva”, que trata da oportunidade de reflexão autônoma, onde os indivíduos só possuem liberdade quando têm tempo (que pode também não ser utilizado) para refletir sobre seus objetivos e aspirações com argumentos práticos e ações que efetivamente os persiga. Desta feita, a liberdade formal e a liberdade substantiva não podem coexistir sem implicar em um conflito.<sup>257</sup>

A arquitetura de escolhas no paternalismo libertário preservará a liberdade formal, ao mesmo tempo em que pode promover a liberdade substantiva, baseando-se no aumento da qualidade de vida ao mesmo tempo em que melhora as oportunidades das pessoas para que estas possam exercer sua reflexão autônoma

---

<sup>255</sup> SMITH, Matthew A., MCPHERSON, Michael S. - NUDGING FOR EQUALITY: VALUES IN LIBERTARIAN PATERNALISM. **Administrative Law Review** Vol. 61, 2009. pp. 323-342

<sup>256</sup> *Ibid.* pp. 323-342

<sup>257</sup> *Ibid.* pp. 323-342

adequadamente e guiar-se de acordo com ela.

Relaciona-se com a questão exposta da extensão da capacidade, o que garante uma maior reflexão autônoma por aumentar a visão do cenário completo e não excluir possíveis alternativas por questões que não estão ao alcance do indivíduo, e que por ele não podem ser mudadas.

Para promover a liberdade, a arquitetura de escolhas seguirá passos moderadamente distintos, quais sejam, (1) verificar as circunstâncias em que algumas pessoas tomam decisões sem ter a oportunidade de refletir autonomamente sobre elas; (2) verificar quando algumas dessas pessoas teriam de fato a oportunidade ou capacidade de realizar essa reflexão autônoma caso uma arquitetura de escolhas diferente abordasse-as; (3) estabelecer arquitetos de escolha que sejam capazes de identificar a metodologia adequada para que essas pessoas exerçam seu pensamento, contando que algumas pensarão mais do que outras, porém isto já é esperado e não necessariamente interfere no processo como um todo.<sup>258</sup>

Verifica-se que em geral, em uma sociedade democrática, as pessoas tendem a tomar decisões melhores quando refletem sobre o tema a ser decidido por um período de tempo, que é variável. O fato de ter a liberdade para pensar sobre fazer ou não fazer algo pode trazer mudanças consideráveis em uma decisão tomada de forma apressada ou em condições desfavoráveis (cansaço, stress, pressão, privação de sono, dentre outros).

A liberdade para sacrificar o bem-estar momentâneo do indivíduo deve ser abordada nesse cenário, nos casos em que ele pretenda garantir escolhas que, no futuro, o deixarão mais felizes, o que também é garantido pela arquitetura de escolhas do paternalismo libertário, já que não se trata de uma imposição, podendo optar por aquilo que não necessariamente resulta em bem-estar imediato, mas possui uma chance, mesmo que não garantida, de transformar-se em algo maior futuramente, que coadune com os valores pessoais daquele indivíduo que escolhe.

A promoção de liberdade pela arquitetura de escolhas do paternalismo libertário pode acabar sacrificando o bem-estar daquele que toma a escolha, porém, ele o faz por ter a opção e refletir sobre ela, portanto, trata-se de promover a liberdade substantiva.

---

<sup>258</sup> SMITH, Matthew A., MCPHERSON, Michael S. - NUDGING FOR EQUALITY: VALUES IN LIBERTARIAN PATERNALISM. *Administrative Law Review* Vol. 61, 2009 pp. 323-342

A arquitetura de escolhas é, ainda, capaz de promover a igualdade, no sentido de garantir a paridade entre dois ou mais indivíduos em um dado relacionamento, que pode envolver basicamente qualquer coisa.

No chamado *paternalismo igualitário*, de Matthew A. Smith e Michael S. McPherson<sup>259</sup>, a sequência de atos da arquitetura de escolhas que garantiria a liberdade seria (1) um grupo de pessoas que têm preferências sensíveis àquela arquitetura de escolhas; (2) a arquitetura de escolhas afeta as decisões dessas pessoas de uma maneira que pode gerar resultados que são mais ou menos igualitários em um sentido específico; e (3) arquitetos de escolha que sejam capazes de escolher uma determinada arquitetura onde o resultado mais igualitário possível seja capaz de ser atingido.

O senso de igualdade da comunidade onde se aplica a arquitetura de escolhas é importante para se decidir a mais adequada, e pode variar de acordo com os conceitos particulares dos indivíduos que a compõe, portanto, é necessário que seja estabelecido primeiramente qual é o tipo de igualdade prezado por aquelas pessoas, o que não necessariamente exclui as regras padrão do paternalismo libertário, que podem ser utilizadas para que se estimule a promoção de concepções mais substanciais de igualdade.

Arquitetos de escolha podem sentir certa dificuldade em estabelecer qual valor deve ser perseguido quando estes conflitam entre si. Um método que pode auxiliar na decisão a ser tomada é a escolha requerida, de Sunstein e Thaler, onde a própria regra padrão forçará o indivíduo a escolher ativamente, o que promoverá o valor que este mesmo optar, seja a liberdade, a igualdade, ou a promoção do seu bem-estar.

Na seara das políticas públicas que consideram o comportamento psicológico como elemento fundamental do ato político, o termo “*nudge*” mostra-se infinitamente relevante desde que gestores públicos ligados à behavioural law and economics apresentaram-se em setores estratégicos da gestão do então presidente norte-americano Barack Hussein Obama<sup>260</sup>, atuando como um mecanismo influenciador de escolhas individuais para incrementar o bem-estar nos setores sociais em que isso se mostre necessário.

---

<sup>259</sup> SMITH, Matthew A., MCPHERSON, Michael S. - NUDGING FOR EQUALITY: VALUES IN LIBERTARIAN PATERNALISM. **Administrative Law Review** Vol. 61, 2009. pp. 323-342

<sup>260</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471

Outros países também buscaram implementar o *nudge* no contexto dos seus programas políticos, mas deve-se levar em conta que mesmo que se trate de um mecanismo sugestivo e não obrigatório, visto como um plano prévio de persuasão, colocado à disposição do agente no momento da escolha, esses agentes econômicos podem acabar presos em uma série de armadilhas não declaradas, mostrando-se aqui a necessidade do Estado escolher bons arquitetos de escolha para que obtenham sucesso na missão social de garantir o bem-estar coletivo.<sup>261</sup>

Para os comportamentalistas, esse tipo de desenho de incentivos já existe no ambiente social, portanto, incorporá-lo para fins que vão além do bem-estar da comunidade não deveria ser considerado uma preocupação, visto que a sociedade já está sujeita à esse tipo de atitude, sendo inúmeros os serviços e bens que utilizam mecanismos psicológicos para induzir o comportamento dos consumidores nas relações privadas na economia de mercado, logo, a utilização da arquitetura de escolhas por um Estado regulador preservará a liberdade de escolha tanto quanto a utilização deste mecanismo por entidades privadas.<sup>262</sup>

### **3.5 O MODELO DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS DENTRO DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO PERMITE QUE AS PESSOAS TOMEM DECISÕES ADEQUADAS SEM VIOLAR A AUTONOMIA PRIVADA?**

O *nudge* apenas pode ser assim considerado quando preservar a liberdade de escolha daquele que está optando, portanto, a arquitetura de escolhas sob a qual é montado deve ser voltada para preservá-la. Qualquer ação que conte com um comando, uma expressão de ordem ou proibição não pode ser considerado como *nudge*, por violar sua premissa básica.

Se a influência sendo exercida sobre a pessoa se demonstrar como um fardo ou uma imposição, não se está diante de uma arquitetura de escolhas que favoreça o exercício das liberdades, mas sim de uma imposição, tolhendo a liberdade para uma

---

<sup>261</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471

<sup>262</sup> *Ibid.* p.456-471

decisão adequada.<sup>263</sup>

É essencial que sejam apontados elementos chave no *nudge*, com fito de garantir que está se tratando de paternalismo libertário efetivamente, como a ausência de exigências, sanções e orientações diretas, bem como a inexistência de recompensas vultuosas, como incentivos financeiros<sup>264</sup>. O respeito à liberdade de escolha é imprescindível, pois o *nudge* não tem a capacidade de ordenar o pensamento na direção desejada, apenas de mostrá-la como uma opção viável que garantiria um nível maior daquilo que o próprio sujeito deseja.

Como a arquitetura de escolhas é, de fato, inevitável, já que as escolhas sempre estarão sujeitas a um contexto que as guie em um ou outra direção, influenciando diretamente os resultados, havendo de se atentar ao princípio de dano. Toda arquitetura exercerá certo poder sobre aquele que atinja, devendo o *nudge* ser de clara identificação e fácil de evitar.<sup>265</sup>

Impende destacar que a arquitetura de escolhas pode existir em um contexto sem o paternalismo libertário, e que de fato existirá, pois todas as escolhas sempre estarão sujeitas a um pano de fundo individual que guiará a decisão por um caminho ou outro.

Na acepção de Cass Sunstein<sup>266</sup> as falhas comportamentais do mercado e a inevitabilidade da arquitetura de escolhas justifica certas formas de paternalismo, pois quando estas falhas ocorrem e são significativas existem razões que defendem uma resposta regulatória, mesmo em cenários onde não são causados danos a outrem. Admite, no entanto, que governantes também erram, e que seus erros tendem a contar com consequências desastrosas.

Levando em consideração essa possibilidade de ocorrência de erros, destaca que é necessário garantir que a liberdade de escolha seja preservada, o que é garantido pelos *nudges*, já que as decisões das pessoas são guiadas na direção do seu próprio interesse, já que inclui a divulgação de informações, avisos e de regras-padrão adequadas, que estabeleçam o que acontecerá se as pessoas optarem por

---

<sup>263</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: the ethics of nudging. In: ALEMMANO, Alberto; SIBONY, Anne-lise (Org.). **Nudge and the law: a european perspective**. Oregon: Hart Publishing, 2015

<sup>264</sup> HALPERN, David. **Inside the nudge unit: how small changes can make a big difference**. London: WH Allen, 2015. p. 46

<sup>265</sup> SUNSTEIN, Cass. **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, CT: Yale University Press. 2014

<sup>266</sup> *Ibid. passim*

não escolher.<sup>267</sup>

A intervenção legislativa se mostra importante na medida em que existem assimetrias em diferentes graus, que comportam plurais respostas institucionais para se atingir o fim adequado, de acordo com o princípio do melhor interesse.

Diante das diferentes facetas da autonomia, percebe-se que as respostas demandadas para sua promoção precisam ser plurais e ajustáveis a cada circunstância, sendo que o aumento na complexidade no endereçamento aos direitos fundamentais demanda que tanto o Estado quanto terceiros se adaptem para os desafios que surgem diante da efetiva promoção da autonomia.

Em palestra ministrada no encontro de outubro de 2020 do Grupo de Estudos em Economia Comportamental (GEEC) Cass Sunstein abordou o uso da tecnologia para influenciar comportamentos em massa, mencionando que para mudar o comportamento o agente que arquiteta as escolhas deve focar em cinco letras: *FEAST*.

A primeira, F, seria referente a *Fun* (diversão), pois, se pretende que as pessoas façam algo, tornar a atividade divertida é um atrativo a se considerar. E é referente a *Easy* (fácil), quanto mais fácil a coisa relevante for de ser realizada, maior é a probabilidade de aderência. A, *Attractive* (atraente), a interação deve contar com um grande impacto, exercendo fator de atração. S, *Social* (social), é a própria norma social, pois pessoas geralmente são afetadas por aquilo que a sociedade está realizando. Por fim, T, de *Timeline* (linha temporal), deve-se garantir que o *nudge* seja dado no tempo correto, pois caso o momento oportuno seja perdido, não surtirá efeito, ou ao menos não será tão eficiente quanto poderia ser.

No sentido contrário, apresenta os THUGS, um tipo de GPS que não leva a pessoa ao seu destino, impedindo-as de mudar seu comportamento, ou fazendo-as mudar para pior.

As letras se descrevem como T, *Terrible* (terrível), faz com que a coisa pareça tão ruim que o sujeito perde o interesse em realizá-la, mesmo que esta lhe traga bons resultados. H, *Hard* (difícil), exibindo comportamentos muito complicados de serem seguidos, caros, que consomem muito tempo ou tão confusos que não terão adesão das pessoas, mesmo que representem algo do seu interesse. U, *Ugly* (feio), ao

---

<sup>267</sup> SUNSTEIN, Cass. **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, CT: Yale University Press. 2014 *passim*

contrário da intervenção atraente, aquela que não o seja não gerará engajamento social. G, *Grim* (sinistro, austero), é o oposto ao social, induzindo a um senso de que a maioria das pessoas não faria aquilo, ou que a sociedade os condenaria e criticaria por realizar o ato. S, *Slow* (devagar), tratando dos comportamentos que fazem efeito lentamente, ou que são lentos para serem realizados e que não ocorrem no momento correto.

Sunstein também apresenta, na mesma fala, casos onde os *nudges* e a arquitetura de escolhas adequada realizarão bons feitos pela sociedade, como por exemplo na ocorrência de hesitação para tomar a vacina da COVID-19. Essa hesitação normalmente deriva de uma arquitetura de escolhas mal feita, portanto, ao conveniência da arquitetura, enfatizar o E de FEAST seria o fator mais urgente, e o primeiro a ser analisado.

Em segundo lugar, a influência social exerce força em comunidades que poderiam representar um obstáculo à vacinação. Nesse cenário, o S de FEAST representaria a solução, superando a dificuldade por meio da influência de pessoas confiáveis de destaque. A falta de bons arquitetos poderia representar um problema aqui.

O terceiro fator são as crenças do indivíduo, que podem ser limitantes, mas isso também é passível de ser superado por meio do FEAST. Sunstein descreve que seres humanos possuem atenção limitada, e a necessidade de *nudges* transparece quando fica claro que a sociedade é incapaz de focar naquilo que é importante.

Outra questão trabalhada é a inércia, pois as pessoas procrastinam com frequência, ou não mudam o seu comportamento pois não estarem pensando no futuro com atenção, o que pode repercutir negativamente, como no caso das mudanças climáticas.

Ainda narrando que os seres humanos possuem atenção limitada, Sunstein demonstra que, além disso, estão cercados de “lama” (burocracia excessiva), o que os faz desistir de perseguirem aquilo que desejam no meio do caminho, ou então nem começar. Nesse viés, percebe que o que é mais importante para o ser humano, na verdade, é o tempo, e a arquitetura de escolhas deveria ser focada em maneiras de dar ao indivíduo mais tempo.

Percebe-se que o *nudge* não é uma maneira de infantilizar as pessoas, mas sim de informá-las, possuindo cunho educativo, já que não se traduzem em ordens que cerceiam sua liberdade por considerá-las incapazes de decidir por si mesmas.

Também, os *nudges* se mostram melhores do que qualquer tipo de proibição, na medida em que respeitam a autonomia do indivíduo. A proibição deve ser reservada para condutas que poderiam afetar terceiros, o que não é um desrespeito a liberdade de escolha, pois, conforme supramencionado, impor limites é uma forma de garantir direitos.<sup>268</sup>

Existe a possibilidade de conciliação entre as proibições e os *nudges*, informando os riscos sem infantilizar as pessoas da forma que um modelo paternalista *hard* faria, permitindo assim que tomem a escolha que consideram mais adequada para si, mesmo sabendo da existência de outra opção que poderia se revelar melhor, e proibindo condutas que poderiam trazer riscos para terceiros.

Nesse sentido, resta claro que o uso da arquitetura de escolhas dentro do modelo proposto por Sunstein e Thaler, no paternalismo libertário, preserva a liberdade de escolha.

Notando-se que não existe escolha livre de influência externa, a qual poderá ser exercida por arquitetos de escolha despreparados, que resultaria em THUGS ao invés de FEAST, guiando os cidadãos na direção que não traria bem-estar coletivo e individual, o modelo da arquitetura de escolhas do paternalismo libertário segue corretamente a preservação da liberdade de escolha e da autonomia privada, ao mesmo tempo em que busca expandir a capacidade do indivíduo para realizar suas próprias escolhas, não privando-o daquilo que o arquiteto de escolhas considera como uma escolha inadequada.

---

<sup>268</sup> SUNSTEIN, Cass R., **Behaviorally Informed Policy: A Brisk Progress Report**. 2019. *passim*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o conceito de liberdade é mutável e deve ser adaptado e adequado conforme a passagem do tempo e transformação da sociedade, mostrou-se fundamental para o presente estudo realizar um aprofundamento em seu cerne, especialmente no que diz respeito aos conceitos de liberdade positiva e liberdade negativa, para traçar uma linha entre sua relação com a autonomia da vontade.

Da mesma forma, após conceituada a autonomia da vontade e a liberdade de escolha percebe que estes estão intrinsecamente ligados com a liberdade, e possuem definição volátil, que pode se transformar desde que seu núcleo seja preservado, adaptando-se ao espaço e ao período de tempo em que são estudados, respeitando a pluralidade.

Dentro da liberdade de escolha, existe a possibilidade de não escolher, quando as opções apresentadas são igualmente interessantes ou desinteressantes para o agente, que prefere utilizar seu tempo e foco em outra atividade que não seja a escolha pautada. Deve-se respeitar a liberdade de não escolher, pois a escolha não deve ser transformada em um fardo para aquele que deve realizá-la, permitindo que ocupe seu tempo com outras atividades se assim desejar, ou mesmo que utilize sua capacidade cognitiva de outra maneira, fazendo uso das escolhas padrão.

A escolha padrão, por sua vez, é relacionada com a arquitetura de escolhas, quando um agente, que pode ser público, privado, pessoa física ou jurídica, exerce sua influência para demonstrar que uma ou outra opção de um leque é a que trará maior quantidade de bem-estar com uma menor quantidade de esforço pelo sujeito que precisa escolher.

O direito fundamental à autonomia privada deve ser respeitado para que o ser humano possa atingir sua capacidade plena, de forma que realize as melhores escolhas para si por si mesmo, sem depender de terceiros que o façam. Mas, para isso, é necessário que seja capaz de visualizar por si mesmo os efeitos que as opções apresentadas podem acarretar, sendo a vista do panorama geral de extrema necessidade.

O paternalismo libertário surge como uma forma de apresentar esse panorama de opções sem restringir a liberdade de escolha do indivíduo, dando a este

maior capacidade de escolha para que consiga atingir seus próprios objetivos, sem cercear opções que a primeira vista são menos benéficas, mas podem não o ser, dependendo de fatores internos particulares a cada sujeito.

O *nudge*, principal fator de influência do paternalismo libertário, que pode ser traduzido como pequenas “cutucadas” na direção considerada correta pelo próprio indivíduo e a sociedade, preserva a liberdade de escolha e respeita o direito fundamental à autonomia privada, pois não representa, em hipótese alguma, uma coerção, sendo sempre um mero direcionamento na direção que traria maior benefício coletivo e individual segundo um padrão pré-estabelecido pela própria sociedade e muitas vezes pelo sujeito em si.

Desta feita, *nudges* não representam nenhum cerceamento da liberdade de escolha, já que visam orientar o indivíduo a agir da forma que resultará na opção mais benéfica para si mesmo, segundo seus próprios conceitos, ao contrário do paternalismo *hard*, que impõe aquilo que o governo acredita ser melhor para cada um, de forma autoritária.

Do ponto de vista daqueles que escolhem não escolher, os *nudges* podem parecer ainda mais interessantes, pois apresentam uma opção simplificada, elaborada por arquitetos de escolha de confiança e que resultará em algo positivo para a sociedade e individualmente.

O uso das escolhas padrão é eficiente inclusive para aqueles que consideram todas as opções igualmente interessantes ou desinteressantes, conforme mencionado acima, pois retira o fardo da escolha, deixando a pessoa livre para utilizar seu tempo de outras maneiras as quais considere convenientes.

Além do exposto, entendendo que nenhuma escolha é neutra, totalmente livre de influências externas, o *nudge* bem feito, por uma boa arquitetura de escolhas, se mostra adequado para atingir metas sociais préestabelecidas, pois guia a sociedade no sentido que esta mesma considera o correto.

É importante destacar que a arquitetura de escolhas, por sua vez, pode resultar na apresentação benéfica ou deletéria de um conjunto de opções para aquele que deve escolher, dependendo de como seja elaborada, pois uma má arquitetura de escolhas pode causar um efeito contrário aquele almejado, levando a sociedade em direções negativas.

Não apenas instituições podem atuar como arquitetas de escolha, mas sim qualquer membro da sociedade que possua visibilidade e fator de influência, podendo

ser corporações, instituições públicas, e até mesmo particulares. Desta feita, se torna difícil controlar que tipo de influência está sendo exercida e os caminhos que poderão guiar a sociedade, o que é um dos problemas que a teoria de Cass Sunstein e Richard Thaler enfrenta, nas chamadas escolhas complexas.

Uma arquitetura de escolhas mal feita pode ter resultados desastrosos, além daqueles resultados negativos que podem ser atingidos pela própria má-fé do agente que está propagando a influência, a exemplo do efeito das *fake news* espalhadas de forma propositada para gerar caos e instabilidade.

Por outro lado, a arquitetura bem realizada pode atingir grandes metas sociais, como no caso da vacinação coletiva para conter a COVID-19, que é inquestionavelmente benéfico.

Dentro da arquitetura de escolhas apresentada no paternalismo libertário, a liberdade de escolha e a autonomia da vontade são preservadas, ao mesmo tempo em que existe a possibilidade de direcionar as escolhas para atingir um nível de bem-estar maior, sem realizar nenhum tipo de coerção, pois a escolha nunca é imposta, e sim um fator de influência.

Percebendo-se a impossibilidade de manter uma escolha puramente neutra, é positivo que a influência que as atingirá seja pensada para manter a estabilidade e harmonia social, reduzindo as desigualdades ao mesmo tempo em que permite que as pessoas atinjam seus objetivos individuais.

Respeitar a autonomia da vontade, em alguns casos, é intervir para que a pessoa tenha pleno conhecimento da circunstância em que está inserida, educando-a para conhecer o cenário completo, o que não aconteceria se as instituições se mantivessem inertes, garantindo sua liberdade negativa.

Da mesma forma, apresentar o leque de opções completo, demonstrando o quanto uma delas resultará em maior benefício social ou individual em detrimento das outras opções não significa interferir na liberdade de escolha do indivíduo, pois ele ainda estará livre para optar por aquilo que não necessariamente o beneficiará, mas o fará com plena convicção dos resultados que serão atingidos, já que nem sempre a escolha que traz um maior benefício imediato é aquela que melhor satisfará os interesses do agente.

Portanto, a influência realizada por meio dos *nudges* no contexto da arquitetura de escolhas dentro do paternalismo libertário permite que as pessoas tomem decisões autônomas sem violar sua liberdade de escolha e sua autonomia

privada, apenas garantindo que o façam da maneira mais consciente possível, prevendo os resultados e permitindo também que optem por não escolher quando o processo decisório lhes pareça mais custoso do que o resultado que poderia entregar.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, da 5ª edição alemã. Editora Malheiros. São Paulo, 2006

BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade: o romântico e o liberal”. In: **As ideias políticas na era romântica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BERLIN, Isaiah. “Introdução”. In: **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: UnB, 1981.

BERLIN, Isaiah. **TWO CONCEPTS OF LIBERTY. Four Essays On Liberty**, Oxford, England: Oxford University Press, p. 118-172, 1969.

BOVENS, Luc. The Ethics of Nudge In: GRÜNE-YANOFF, TILL AND HANSSON, SVEN OVE, (eds.) Preference Change: approaches from philosophy, economics and psychology. **Theory and Decision library A**. (42). Springer, 207-219, 2009.

BOWLES, Samuel. **The moral economy, why good incentives are no substitute for good citizens**. New York: Yale University Press, 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Notas sobre a tolerância: Fundamentos, distinções e limites. *In*: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). **Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas**. Homenagem ao Ministro Luis Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 115-131.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.

COSER, Ivo. Dois Conceitos de Liberdade 60 anos após a sua publicação. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS SOCIAIS** - VOL. 34 N° 100, 2019.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Amartya Sen: a ideia de Justiça. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 8, p. 305-316, Aug. 2012

CUNHA FILHO, Marcio. Sobre a Liberdade: o paternalismo libertário concilia deontologismo e consequencialismo?. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, n.31 pp.405-414, 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O eterno conflito entre liberdade e controle: o caso da vacinação obrigatória - **R. Dir. sanit.**, São Paulo v.18 n.3, p. 7-16, nov. 2017./fev. 2018

DAVIDAI,S.; GILOVICH, T. The meaning of default options for potential organ donors. **PNAS**, v. 109 (38), p. 15201-15205, 2012.

DELGADO, Joedson de Souza e GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Legalização dos Cigarros Eletrônicos no Contexto de Liberdade e Autonomia do Indivíduo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** v. 23 n. 3, 2018.

DEMARCHI, Clovis; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. Teoria dos limites dos limites: Análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais** Minas Gerais v. 1 n. 2 p. 73- 89 Jul/Dez. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007

DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist** 56.1 pp. 64-84, 1972

ELSTER, Jon. **Sour Grapes - Studies in the subversion of rationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

EPSTEIN, Richard. Behavioral economics: human errors and market corrections. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n. 73.1, p. 111-132, 2006

FERGUSIN, Andrew. Nudge, nudge, wink wink: behavioral economics – The Governing Theory of Obama’s Nanny State. **Time Magazine**, n. 19, abr. 2010

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giufrè, Anno XI, 1957

FRANCESCHINI, Ana Carolina Trousdell, FERREIRA, Diogo Conque Seco. Economia Comportamental: uma introdução para analistas do comportamento. **Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology**. Vol. 46, Num. 2, pp. 317-326, 2012

HALPERN, David. **Inside the nudge unit: how small changes can make a big difference**. London: WH Allen, 2015.

HAVLIK, Jan Gustave de Souza, REBOUÇAS, Gabriela Maia. CONTRIBUIÇÕES DE ISAAH BERLIN PARA REFLETIR SOBRE LIBERDADE. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jul-dez/2016, ano 16, n.2, pp. 47-67, 2016

HATZIS, Aristides N. From soft to hard paternalism and back: The regulation of surrogate motherhood in Greece. **Portuguese Economic Journal**, Vol. 49, No 3, p. 205-220, 2009.

HAYEK, Friedrich August. **The fatal conceit: The errors of socialism**. Chicago: University of Chicago Press, 2011.

HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. São Paulo: LVM Editora; 6ª edição, 2010.

HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de Escolhas, Direito e Liberdade: Notas sobre o “Paternalismo Libertário”. **Pensar – Revista de ciências jurídicas** V. 22, n. 2. 2017

GINTIS, Herbert. **The Bounds of reason: game theory and the unification of the behavioral sciences**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

KAHNEMAN, **Daniel Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**, New York: Macmillan, 2011

KAHNEMAN, DANIEL and TVERSKY, Amos, eds. **Choices, values, and frames**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000

KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, Vol. 47, No. 2. (Mar., 1979), pp. 263-292.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004

LEITÃO, André Studart, DIAS, Eduardo Rocha, CIDRÃO, Taís Vasconcelos.

Paternalismo: Uma ideia viável? **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 1 p. 273-288, 2017

LERRER ROSENFELD, Denis. Democracia e Liberdade de Escolha. **Revista Opinião Filosófica**, v. 1, n. 1, fev. 2017.

LIMA, Jairo Néia. Colisão e Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.5, n.5 (jan./jun. 2009) Curitiba: UniBrasil, 2009

LORENZETTO, Bruno Meneses. **OS CAMINHOS DO CONSTITUCIONALISMO PARA A DEMOCRACIA**. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito. Orientadora: Prof. a Dr. a Katya Kozicki, 2014

MISES, Ludwig von. **Ação Humana**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MURAMATSU, Roberta, FONSECA, Patrícia. Freedom of choice and bounded rationality: a brief appraisal of behavioral economists' plea for light paternalism. **Brazilian Journal of Political Economy**, vol. 32, nº 3 (128), pp. 445-458, July-September/2012

MURAMATSU, Roberta; FONSECA, Patrícia. **Um enigma do comportamento do consumidor no Brasil: análise comportamental do consumo procrastinado em um cenário inflacionário**. ENCONTRO DA ANPAD, 32., Rio de Janeiro, 2008. p. 8

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1982

PUTRI, N. K.; AROFAH, T. The impact of risk report formats on investment analyst

decisions: an experimental case from Indonesia. **Asian Academy of Management Journal of Accounting and Finance**, v. 9, n. 1, p. 89-112, 2013

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015.

RAWLS, **John. Uma teoria da justiça**. São Paulo: M. Fontes, 1997

REBONATO, Riccardo. **Taking Liberties: A Critical Examination of Libertarian Paternalism**. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, p.456-471, 2018

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Envelhecendo com autonomia. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SANDEL, Michael J. **Justice: What's the right thing to do?**. New York: Macmillan, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 3, n. 12, p. 111. Porto Alegre: 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais**. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2015

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada – **EMSPU – Boletim Científico**, Seção IV, Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. , Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005

SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: Proteção e Restrições**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2001.

SEN, Amartya, Rational Fools: A Critique of the Behavioural Foundations of Economic Theory, **CHOICE, WELFARE, AND MEASUREMENT** 84, 88–99, 1982.

SEN, Amartya Kumar. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**. n.28-29, pp.313-334, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 135-159, 2007.

SMITH, Matthew A., MCPHERSON, Michael S. - NUDGING FOR EQUALITY: VALUES IN LIBERTARIAN PATERNALISM. **Administrative Law Review** Vol. 61, 2009.

SUNSTEIN, Cass R., **Behaviorally Informed Policy: A Brisk Progress Report**. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Choosing not to Choose – **Duke Law Journal**, Volume 64, number one, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements. **Harvard Law Review**, Vol. 108, No. 7 (May, 1995), pp. 1733-1772. 1995

SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. **The University of Chicago Law Review**. Volume 70. Number 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Foreword: the ethics of nudging. In: ALEMMANO, Alberto; SIBONY, Anne-lise (Org.). **Nudge and the law: a european perspective**. Oregon: Hart Publishing, 2015

SUNSTEIN, Cass. **On Freedom**. Princeton: Princeton University Press, 2019.

SUNSTEIN, Cass. **The ethics of influence**. New York: Cambridge University Press, 2017

SUNSTEIN, Cass. **Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven, CT: Yale University Press. 2014

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. Yale University Press, New Haven & London, 2008.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Vol. 93, No. 2, Washington, DC, January 3-5,(May, 2003), pp. 175-179, 2003

TOCCHETO, Daniela Goya. Searching for the moral boundaries of nudge. **Diversitates**, vol 2., n 2, p. 14-43, 2010.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124- 1131, sep. 1974

VEETIL, Vipin P. Libertarian Paternalism is an oxymoron: an essay in defence of liberty. **European Journal of Law and Economics**, v. 31, n. 3, p. 321-334, 2011

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Liberalismo versus democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1-18, jul./dez. 201.

WHITE, Mark D. **The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism**. Palgrave Macmillan, 2013.

WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior**. Washington, DC: World Bank. 2015