

Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito

BRUNO ANUNCIÇÃO ROCHA

MARCELO CAMPOS GALUPPO

Resumo: Apesar de o libertarianismo defender uma concepção de justiça segundo a qual o Estado só pode atuar corretivamente, há dificuldade em colocar essa concepção em prática, pois, de acordo com estudos de análise econômica comportamental, o ordenamento jurídico influencia inevitavelmente o comportamento das pessoas, mesmo sem coerção. As conclusões apresentadas por esses estudos trazem problemas para a ideia do *homo economicus*, tão cara ao libertarianismo. Contudo, esse problema adquire outro contorno quando consideramos a ideia de um paternalismo libertário, que procura incitar as pessoas a se comportarem de maneira a melhorar seu bem-estar, conforme seus próprios critérios, garantindo-lhes, porém, a liberdade de escolha. O paternalismo libertário não destoia das premissas do libertarianismo porque, embora pretenda promover o bem-estar das pessoas, não lhes restringe a liberdade de escolha. No contexto brasileiro, pensamos ser possível que o Estado intervenha de forma paternalista e libertária no campo econômico, agindo por meio de indução, nos moldes da proposta de Eros Grau.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Intervenção estatal no domínio econômico. Liberalismo. Libertarianismo. Paternalismo.

1. Introdução

Partindo de uma perspectiva contratualista de John Locke e de alguns elementos da filosofia moral kantiana, Robert Nozick (2011) afirma que a liberdade individual consiste no direito fundamental de todo homem viver segundo suas próprias escolhas, dispondo de seus bens e do seu tempo como bem entender, desde que respeite a igual liberdade dos outros. A construção de sua teoria é feita a partir de uma “explica-

Recebido em 25/8/15

Aprovado em 23/9/15

ção potencial fundamental”¹ sobre a natureza humana, segundo a qual os indivíduos, no estado de natureza, são plenamente livres para dirigir suas ações e dispor de seus bens. Para o autor, essa concepção de liberdade expressa a capacidade inerente a todo indivíduo de dar sentido à sua existência, por meio da busca dos fins que cada um elege para si, de acordo com a ideia de “vida boa” que adota.

O consenso sobre o que é melhor e mais desejável para a realização dos fins da existência não parece ser possível por causa da pluralidade existente nas sociedades contemporâneas e do fato de nenhum homem ser exatamente idêntico a qualquer outro. Em razão disso, os libertários, como Nozick, defendem que as escolhas individuais sejam feitas pelos próprios sujeitos, sem a intervenção de terceiros, partindo do pressuposto de que são eles mesmos que melhor sabem o que querem para si e como vão alcançar seus objetivos. Entendem a liberdade, portanto, no sentido negativo, como ausência de interferência de outros agentes (BERLIN, 1969).

A partir dessas conclusões, os libertários tendem a ver com maus olhos a interferência do Estado na liberdade individual, admitindo-a apenas para fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude (NOZICK, 2011). Em outras palavras, os libertários acreditam que a interferência estatal deva restringir-se ao aspecto corretivo da justiça, recusando qualquer legitimidade à sua dimensão distributiva, por meio da qual o Estado interviria para redistribuir os bens que decorrem da vida em comum, produzindo como resultado a igualdade.

¹“Uma explicação potencial fundamental (uma explicação que explicaria todo o campo que está sob exame se ela fosse a explicação verdadeira) contém importante esclarecimento explicativo, mesmo que não seja a explicação correta.” (NOZICK, 2011, p. 9)

No entanto, a Constituição de 1988 (CF), cuja matriz² é o Estado Democrático de Direito, em diversas oportunidades atribui ao Estado uma função ativa, que extrapola os limites da justiça meramente corretiva, a fim de conduzir o sistema para as posições determinadas pelos objetivos de política econômica. Seu art. 174, por exemplo, afirma que o Estado deve atuar como agente *normativo e regulador* da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*, sendo este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Com efeito, as funções de *regulação, incentivo e planejamento* implicam uma interferência estatal mais expressiva na liberdade individual, alegadamente incompatível com a ideia libertária de justiça. Entretanto, talvez essa incompatibilidade seja apenas aparente.

Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler (2003) sugerem um modelo de interferência estatal na liberdade individual supostamente adequado ao libertarianismo. Para os autores, é legítimo que o Estado intervenha na liberdade individual, no intuito de promover ou evitar determinados comportamentos, contanto que não se valha da coação para esse fim: “desde que ninguém seja forçado a fazer nada, pensamos que essa condução [comportamental] deve ser considerada irrepreensível até mesmo para os libertários

²O termo matriz, em vez de paradigma, parece ser mais adequado ao objeto da pesquisa. Através dele expressa-se a ideia de “lugar onde algo é gerado, fonte ou origem de algo, algo que está na base, que tem grande relevância, que é primordial, básico, principal” (GALUPPO, 2007, p. 106). A construção de um conhecimento a partir de uma matriz não refuta os outros conhecimentos concebidos a partir de matrizes distintas. Tratando-se de teoria da justiça, isso é extremamente relevante, pois não se trabalha com refutação, mas, tão somente, e em determinados contextos, com a superioridade provisória de um conhecimento sobre outros. O termo matriz, ao significar o ponto de partida para construções coerentes, não implica relativismo, pois não leva em consideração dados quantitativos, afastando-se da concepção política e voluntarista da ciência (GALUPPO, 2007).

convictos” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 14, tradução nossa)³. A esse tipo de intervenção não coercitiva denominam *paternalismo libertário*.

A proposta deste trabalho é, primeiramente, entender o que é *paternalismo libertário*, a fim de verificar se ele é coerente com as premissas do libertarianismo. Em segundo lugar, pretende-se verificar se é possível colocar em prática o *paternalismo libertário*, com atenção especial ao campo econômico. Trata-se de tema relevante para a compreensão do Direito, na medida em que pretende contribuir para o desenvolvimento da teoria libertária da justiça, estudando as bases filosóficas do sistema jurídico, para confrontá-las com a política econômica na matriz do Estado Democrático de Direito brasileiro, em busca de uma nova abordagem da intervenção estatal na economia.

Com esse objetivo, na primeira parte realizaremos a revisão da ideia de justiça libertária em Robert Nozick, estudando os fundamentos morais que dão sustentação à sua defesa do Estado mínimo; na segunda parte, abordaremos o *paternalismo libertário*, estudando seus fundamentos e consequências, para então confrontá-lo com o libertarianismo de Nozick; na terceira parte, cuidaremos de verificar se é possível, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, pôr em prática o *paternalismo libertário*, especificamente no que se refere à intervenção estatal na economia, cujos princípios estão previstos nos artigos 170 ao 179 da CF.

2. A proposta libertária

Robert Nozick é um dos principais autores do libertarianismo, que pode ser considerado uma das vertentes do liberalismo político contemporâneo (VITA, 2013). Nozick constrói suas ideias com base numa perspectiva contratualista lockeana, afirmando que o acordo de vontades originário da sociedade civil não cria novos direitos para os indivíduos, senão reafirma os direitos individuais já existentes. Segundo Nozick, tais direitos advêm da condição de liberdade das pessoas no estado de natureza, que lhes permite organizar suas vidas, dirigindo suas ações e dispondo de seus bens e tempo como bem entenderem. Essa capacidade distinguiria o homem dos outros seres:

Organizar a própria vida de acordo com um plano geral é a maneira de que dispõe uma pessoa para dar sentido à sua vida; só um ser com capacidade de organizar sua vida desse modo pode ter – ou esforçar-se por ter – uma vida que faça sentido (NOZICK, 2011, p. 64).

³“Since no one is forced to do anything, we think that this steering should be considered unobjectionable even to committed libertarians.”

Nozick acredita que o direito individual por excelência é a liberdade, entendida como a prerrogativa que assiste a todo ser humano de viver sua própria vida da maneira que lhe for mais conveniente, pois é o único direito capaz de conferir sentido à sua existência. Dessa liberdade decorrem os demais direitos. Por outro lado, ela sofre uma única limitação legítima, imposta justamente pela mesma liberdade dos outros indivíduos. Em outras palavras, Nozick entende que a liberdade deve ser também o único fundamento legitimador das limitações a serem impostas aos indivíduos. Ela deve servir, portanto, como conteúdo moral dos limites⁴.

No intuito de delinear os limites que esse conteúdo moral implica, Nozick inicia seu estudo analisando uma fórmula que inclui a liberdade na situação final⁵, ou seja, após a ação ser praticada:

Suponhamos que uma condição que minimize a quantidade total (ponderada) de violações de direitos seja incorporada à situação final desejada que se pretende alcançar. Teríamos, então, algo parecido com um 'utilitarismo de direitos'; na estrutura utilitarista, as violações de direitos (a serem *minimizadas*) simplesmente substituiriam a felicidade total como a situação final relevante (NOZICK, 2011, p. 34-35).

Uma postura utilitarista estabelece limites a partir de uma situação posterior à ação, ao passo que a minimização da violação de direitos autoriza que os próprios direitos sejam

⁴Nesse ponto Nozick demonstra simpatia pelas ideias kantianas de moral universal, ao adotar um conteúdo universal para os limites morais da liberdade, afastando-se das ideias utilitaristas. O direito seria fundamentado, kantianamente, como uma limitação recíproca da liberdade individual.

⁵A liberdade, assim como a igualdade, pode ser considerada um resultado final da interação social, e em especial da intervenção redistributiva estatal, ou apenas como uma condição do ponto de partida. As teorias libertárias adotarão a segunda concepção.

violados, desde que isso seja capaz de produzir, da melhor forma possível, a situação final almejada. Um *utilitarista de direitos* justificaria a violação da *liberdade* de alguém, no intuito de dissuadir outras pessoas de praticarem violações ainda mais graves (NOZICK, 2011).

Todavia, os indivíduos não podem ter seus direitos preteridos se não consentirem nisso, ainda que se tenha em vista um suposto resultado geral ponderado mais favorável, porque, para Nozick, a liberdade é igual para todos, inexistindo qualquer superioridade moral de quem quer que seja. Por esse motivo, a liberdade não comporta cálculo.

Em lugar dessa perspectiva utilitarista, Nozick sugere que “em vez de incorporar direitos na situação final almejada, podemos colocá-los como restrições indiretas às ações a serem praticadas” (NOZICK, 2011, p. 35). Essas restrições são *indiretas*, pois agem no sentido negativo, restringindo os meios disponíveis para alcançar os objetivos, sejam eles quais forem. O respeito às *restrições indiretas*, isto é, à não violação dos direitos dos indivíduos, oriundos da liberdade, é a condição de legitimidade da ação, independentemente de qual seja seu fim. Logo, essas restrições não dão azo a nenhuma violação de direitos.

A fundamentação lógica das *restrições indiretas* é baseada no princípio kantiano da inviolabilidade do sujeito. Elas refletem uma interpretação da fórmula da humanidade do imperativo categórico de Kant⁶, segundo a qual “os indivíduos são fins e não simplesmente meios; não podem ser sacrificados ou usados para a realização de outros fins sem seu consentimento. Os indivíduos são invioláveis” (NOZICK, 2011, p. 37).

⁶“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2007, p. 69).

Segundo o autor, a inviolabilidade do sujeito, expressa nas restrições indiretas, deve ser observada ainda que se pretenda restringir seus direitos em vista de um suposto bem social maior, e qualquer restrição da liberdade individual deve ser compensada por aqueles que realizam essa restrição.

Diante dessas considerações, nota-se que o principal valor político libertário é a noção de *liberdade negativa*, “que tem por foco a não interferência, sobretudo por parte da autoridade política [...], em direitos de propriedade ou ‘titularidades’” (VITA, 2013, p. 56). Isso faz com que os libertários em geral sejam defensores convictos do livre mercado, em nome da liberdade, que se sobrepõe inclusive ao argumento de eficiência econômica. Da mesma forma, tendem a opor-se às atitudes paternalistas (que visam à proteção das pessoas contra si mesmas), argumentando que violam o direito de cada um de decidir os riscos que pretende assumir, segundo o seu próprio planejamento (SANDEL, 2011).

Nesse sentido, Robert Nozick afirma que apenas “um Estado mínimo, que se restrinja às estritas funções de proteção contra a violência, o roubo, a fraude, a coerção de contratos, e assim por diante, é justificado” (NOZICK, 2011, p. IX). Disso se pode inferir que, para Nozick, não é legítima a intervenção estatal na economia, quando ela implique violação da liberdade individual.

3. Paternalismo libertário

Sunstein e Thaler (2003) acreditam ser possível colocar em prática uma forma de paternalismo coerente com o libertarianismo. Segundo os autores, atitudes paternalistas, que não cerceiam a liberdade de escolha, mas apenas induzem uma certa escolha, não implicam violações de direitos individuais e, conseqüentemente, não são incompatíveis com a teoria libertária. Libertários paternalistas “pretendem tornar mais fácil para as pessoas seguirem seu próprio caminho, [...] não pretendendo oprimir aquelas que querem exercer sua liberdade” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 5).⁷

De acordo com a abordagem da análise econômica comportamental (*behavioral economics*) utilizada pelos autores, é inevitável que o ordenamento jurídico interfira nas escolhas individuais. Pesquisas mostram que as normas-padrão (*default rules*) do ordenamento jurídico tendem

⁷“Libertarian paternalists want to make it easy for people to go their own way, [...] do not want to burden those who want to exercise their freedom.”

a ser mantidas, não obstante a possibilidade de escolher outras opções⁸. Da mesma forma, o ordenamento jurídico fornece valores positivos, que regem as relações sociais e servem de pontos de partida (*starting points*) para interpretação dos fatos. Em algumas situações, por não terem informações suficientes sobre o que está em jogo, os indivíduos lançam mão desses pontos de partida normativos, que servem de parâmetro valorativo e interpretativo⁹. Por fim, constatou-se que as escolhas individuais variam significativamente, de acordo com a formulação dos problemas (*framing effect*)¹⁰ (THALER; SUNSTEIN, c2008).

Toda sociedade precisa de um conjunto de normas, ainda que mínimo, para regular as relações sociais. O mercado, por exemplo, depende de determinados institutos jurídicos, como direitos obrigacionais e de propriedade, sem os quais seria inoperável (NUSDEO, 2010). Nesse sentido, o ordenamento jurídico não pode deixar de estabelecer normas-padrão, sejam elas quais forem, e pontos de partida para interpretação dos fatos juridicamente relevantes, formulando-os de alguma maneira. Por esse motivo, segundo os autores, o Estado inevitavelmente interfere nas escolhas individuais, ainda que de maneira não coercitiva.

Por outro lado, estudos comportamentais apontam a possibilidade de os indivíduos tomarem decisões aparentemente contrárias àquilo que se reputa capaz de proporcionar o seu próprio bem-estar; elas *não teriam sido tomado* caso eles tivessem informações mais completas sobre as alternativas em jogo (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998). Além disso, pesquisas no campo da psicologia e economia também levantaram

⁸ Um exemplo citado pelos autores diz respeito à legislação sobre doação de órgãos. A legislação de alguns países, como a França e a Itália, presume o consentimento das pessoas para que seus órgãos sejam doados após a morte. Tal presunção só cessa diante da opção expressa por não doar. Em contrapartida, nos EUA a legislação diz que as pessoas que preferem doar os seus órgãos após a morte devem expressar sua vontade, por meio de uma anotação na licença para dirigir. Ao comparar os números desses países, notou-se que aqueles que presumem o consentimento têm 90% das pessoas mantendo seus órgãos disponíveis para doação, enquanto nos EUA esse número não passa de 20%. Tal diferença se deve ao que os autores chamam de default rules effect (SUNSTEIN; THALER, 2003).

⁹ Esse efeito, chamado pelos autores de *starting point effect* ou *anchoring*, pode ser observado, por exemplo, na jurisprudência sobre responsabilidade civil por danos morais, especificamente na quantificação da indenização devida. Ao criar uma tabela de uniformização dos valores devidos a título de indenização por danos morais, o STJ influenciou decisões de muitos tribunais inferiores, que utilizaram os parâmetros econômicos fornecidos pela tabela como ponto de partida para suas decisões (STJ, 2009).

¹⁰ Para exemplificar o funcionamento do *framing effect*, os autores mencionam uma campanha de economia de energia, que pretende estimular a adoção de métodos de conservação. Consideraram-se duas campanhas informacionais a serem dirigidas aos consumidores: (a) se você adotar métodos de conservação de energia, economizará \$350,00 por ano; (b) se você não adotar métodos de conservação de energia, perderá \$350,00 por ano. As pessoas afetadas pela campanha (b), cuja informação é disposta em termos de perda, tenderiam a economizar mais do que as afetadas pela campanha (a). Apesar de serem exatamente idênticas em termos de conteúdo (\$350,00), a forma como as campanhas o apresentam é distinta. Se uma das metas políticas é a conservação de energia, ideal é que o governo adote a opção (b) (THALER; SUNSTEIN, c2008).

a questão sobre a racionalidade das decisões individuais. Constatou-se que as pessoas apresentam preferências contraditórias, têm dificuldades de manter o autocontrole, tomam diferentes decisões conforme a disposição do problema, bem como utilizam processos heurísticos que as levam a cometer erros sistemáticos (SUNSTEIN; THALER, 2003).

As conclusões apresentadas por esses estudos trazem problemas para a ideia do *homo economicus*¹¹, tão cara às teorias da justiça de origem liberal, como a de Robert Nozick (2011). As descobertas das falhas nas escolhas individuais demonstram que a racionalidade humana não é plena.

Diante da inevitabilidade da interferência, Sunstein e Thaler (2003) sugerem que ela seja realizada de forma planejada e não coercitiva, para promover ou evitar determinados comportamentos, objetivando amenizar os problemas causados pelas limitações humanas que afetam a capacidade de escolha. A essa interferência não coercitiva planejada dão o nome de *paternalismo libertário*, porque, pretendendo conduzir as escolhas das pessoas, no intuito de melhorar suas vidas¹² (paternalismo), insiste em preservar a liberdade de escolha (libertário), permitindo que as pessoas facilmente (com um custo muito baixo) possam evitar as opções paternalistas¹³.

Por não cercear a liberdade individual, já que mantém a liberdade de escolha, o paternalismo libertário pode, segundo os autores acreditam, ser legitimamente, colocado em prática pelo Estado, para *incitar*¹⁴ as pessoas a se comportarem de maneira a melhorar seu bem-estar, segundo seus próprios critérios. Para tanto, é preciso organizar o contexto no qual as pessoas tomam suas decisões, utilizando, de forma planejada, dos *default rules, starting points e framing effects* (THALER; SUNSTEIN, 2008). Para tanto, o papel do Estado deve extrapolar os limites da justiça

¹¹ Trata-se de uma ficção criada a partir da fragmentação do indivíduo, isolando-o das dimensões éticas e políticas, para concentrar no consumo e na produção. O *homo economicus* é a ideia de um homem “perfeitamente racional e capaz de fundamentar suas decisões exclusivamente por razões econômicas, preocupando-se em obter o máximo de benefício com o mínimo de sacrifício de modo imediato” (SANDRONI, 1999, p. 285).

¹² Para ser coerente com o libertarianismo, o critério dessa melhora deve ser estabelecido pelas próprias pessoas afetadas pela conduta paternalista: “In our understanding, a policy is ‘paternalistic’ if it tries to influence choices in a way that will make choosers better off, as judged by themselves” (THALER; SUNSTEIN, c2008, p. 5).

¹³ “Libertarian paternalism is a relatively weak and nonintrusive type of paternalism, because choices are not blocked or fenced off. In its most cautious forms, libertarian paternalism imposes trivial costs on those who seek to depart from the planner’s preferred option. But the approach we recommend nonetheless counts as paternalistic, because private and public planners are not trying to track people’s anticipated choices, but are self-consciously attempting to move people in directions that will promote their welfare” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 4).

¹⁴ O verbo utilizado pelos autores é *nudge*, cuja tradução literal pode ser cutucar ou acotovelar. Contudo, no contexto em que se encontra, a tradução incitar parece mais adequada: “A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives” (THALER; SUNSTEIN, c2008).

meramente corretiva, agindo de forma diligente na promoção do bem-estar das pessoas; contudo, ao fazer isso, não pode impor custos indevidos àqueles que preferam não adotar a opção paternalista, preservando-lhes a liberdade.

3.1. Sobre a adequação do paternalismo libertário às premissas do libertarianismo

A proposta do *paternalismo libertário* não parece destoar das premissas libertárias. Em nenhum momento se admite a utilização dos indivíduos como simples instrumentos para fins alheios a eles mesmos, na medida em que a liberdade de escolha é preservada. Na verdade o fim almejado pelo paternalismo libertário é o bem-estar dos indivíduos, segundo os seus próprios critérios.

Nesse sentido, a afirmação de que a teoria libertária é necessariamente antipaternalista está equivocada. Ao que parece, os que pensam assim, como Sandel (2011), têm uma concepção de paternalismo estreita demais.

De acordo com a Thaler e Sunstein (2003), a palavra “paternalismo” deve ser considerada apenas descritiva de uma atitude voltada para a promoção do bem-estar dos indivíduos por meio de condução comportamental. Assim apresentado, o paternalismo, por si só, não implica violação à liberdade individual. O que faz com que o ele seja coerente ou não com o libertarianismo é a forma como a condução comportamental é realizada: se a liberdade de escolha é preservada, o paternalismo é libertário; se a liberdade de escolha é cerceada, o paternalismo não pode ser considerado libertário.

Fora isso, o paternalismo libertário pode ser não apenas legítimo, mas também desejável para promover o desenvolvimento social, sem, contudo, lançar mão de métodos redistributivos, que são execrados pela teoria libertária. Ao fornecer melhores condições de escolhas para todas as pessoas, o Estado contribui para a diminuição da desigualdade, na medida em que diminui os efeitos negativos da disparidade informacional e cognitiva entre indivíduos:

Na verdade a noção de paternalismo libertário deve ser complementada pela de benevolência libertária, por meio da qual os *starting points*, *framing effects* e *default rules* são engajados no interesse de grupos vulneráveis (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 4, tradução nossa).¹⁵

¹⁵ “In fact the notion of libertarian paternalism might be complemented by that of libertarian benevolence, by which starting points, framing effects, and default rules are enlisted in the interest of vulnerable third parties.”

4. A intervenção estatal no domínio econômico no contexto do Estado Democrático de Direito

A derrocada do *laissez-faire* proposto pelo liberalismo clássico, que se tornou patente após a Primeira Guerra Mundial, fez com que crescesse a demanda por soluções oriundas do Estado. Passou-se a exigir uma ação estatal sobre o mercado, no intuito de corrigir suas falhas e promover determinados objetivos de política econômica. Nesse momento, surge o que se entende por Direito Econômico: trata-se de um “conjunto de normas do sistema positivo que tem por objeto a judicialização da política econômica do Estado” (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008, p. 3). Nesse contexto, a intervenção estatal na economia deixa de ser vista com maus olhos, para ser encarada como uma solução para salvar o capitalismo¹⁶.

Atualmente, o Direito Econômico no Brasil é constitucionalizado, nos artigos 170 a 179 da CF, que trazem as diretrizes básicas para a atuação estatal no domínio econômico. Ela pode ocorrer por meio de uma ação normativa (intervenção indireta) ou de uma ação participativa (intervenção direta).

Agindo de forma participativa, o Estado intervém diretamente na economia, atuando como agente econômico ao lado do setor privado. Nesse caso, o Estado está inserido na atividade econômica, produzindo bens e prestando serviços. É o que se vê, por exemplo, com as instituições financeiras estatais, como a Caixa Econômica Federal.

Por outro lado, ao adotar uma ação normativa, o Estado intervém indiretamente no do-

mínio econômico, atuando de fora para dentro do mercado, mediante a criação de normas jurídicas que ordenam o processo produtivo.

Em face dos fins objetivados neste trabalho, tratar-se-á apenas da intervenção por ação normativa, isto é, indireta. A intenção é verificar as condições legais para o Estado agir como um “arquiteto de escolhas”¹⁷, capaz de promover o bem-estar das pessoas, sem lhes cercear a liberdade.

4.1. Formas de intervenção indireta no domínio econômico

A intervenção indireta no domínio econômico se caracteriza pela ação normativa do Estado com intuito de ordenar a atividade econômica segundo os ditames constitucionais (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008). Ela está prevista no art. 174 da CF, que atribui ao Estado o papel de agente normativo e fiscalizador da atividade econômica, mediante exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A fiscalização é feita por meio do poder de polícia do Estado, coibindo atos ilícitos. Essa função é exercida principalmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que cuida de assuntos relacionados ao exercício do poder econômico, e pelas agências reguladoras, que foram criadas para fiscalizar a prestação de serviços públicos concedidos ao setor privado.

O incentivo, por sua vez, pode ser entendido como uma “atividade administrativa de satisfação de necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que direta ou indi-

¹⁶ É interessante notar que a proposta de intervenção estatal veio da própria Economia, e não de uma imposição legal. Foi com John Maynard Keynes que a participação ativa do Estado na economia passou a ser vista como necessária para restabelecer a ordem e a prosperidade (FERREIRA NETTO; OLIVEIRA, 2008).

¹⁷ “A choice architect has the responsibility for organizing the context in which people make decisions” (THALER; SUSTEIN, c2008, p. 3).

retamente as satisfaçam” (MONCADA apud VINHA, 2005, p. 13-14). Essa função pode ser exercida por meio de criação de incentivos fiscais e instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, dentre outros.

A função de planejamento consiste em instituir diretrizes e metas a serem observadas e alcançadas pela atividade econômica. De acordo com o art. 174 da CF, o planejamento é determinante para o setor público e apenas indicativo para o privado. Por esse motivo, os agentes econômicos privados não estão vinculados ao planejamento econômico estatal, cabendo-lhes decidir se preferem aderir ou não ao plano criado pelo poder público (SANTOS JÚNIOR, 2008).

É interessante a lição de Eros Grau (2012) sobre as formas de intervenção indireta no domínio econômico. Segundo ele, o Estado pode adotar uma postura interventiva focada na direção ou na indução. A primeira é caracterizada pelo uso significativo do poder de polícia, adotando normas cogentes, que visam proibir ou estimular condutas por meio de sanções punitivas. É essa a postura normalmente adotada pelas agências regulatórias, que fiscalizam e aplicam penalidades às concessionárias de serviço público. Por outro lado, a intervenção por indução é realizada mediante normas desprovidas de cogência, que deixam aberta a possibilidade de não seguir o comando normativo. Essa postura voltada para a indução deixa clara a preferência pelo incentivo de boas condutas em vez de centrar-se apenas na punição das que são ilícitas.

No caso das normas de intervenção por indução, defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas; não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatá-

rios, mas – na dicção de Modesto Carvalhosa – no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual” (GRAU, 2012, p. 144).

A intervenção por indução apresentada por Eros Grau pertence ao universo do Direito promocional, nos moldes dos ensinamentos de Bobbio, para quem, recentemente, o Direito passou a ser definido mais pela sua função promotora que pela sua estrutura normativa clássica. Esse novo direito deve não apenas punir, mas agir especialmente mediante “sanções positivas, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘incentivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, [...] mas, sim, a ‘promover a realização de atos socialmente desejáveis’” (BOBBIO, 2007, p. XII).

4.2. Sobre a possibilidade do paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito

Parece evidente que nem sempre o Estado precisa lançar mão da coação para cumprir suas funções. Com efeito, a intervenção por indução, ilustrada por Eros Grau (2012), com base na CF, vai ao encontro do paternalismo libertário, na medida em que pretende alcançar os objetivos de política econômica e promover o desenvolvimento socioeconômico, implicados no bem-estar individual e social, sem impor restrições à liberdade das pessoas.

Não há incompatibilidade entre paternalismo libertário e intervenção por indução, pautada na ideia de Direito promocional. É verdade que Sunstein e Thaler não partem dos mesmos pressupostos que Eros Grau e Bobbio. Porém, se por um lado a ideia expressa pela palavra *nudge*, cuja tradução pode ser *incitar*, está ligada a conduções comportamentais não coercitivas, por outro, a intervenção por indu-

ção também inclui mecanismos de incitação, a fim de conduzir o comportamento das pessoas de forma não coercitiva. Isso fica claro quando Eros Grau se refere às normas de intervenção por indução:

Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como *comando*, é substituída pelo expediente do *convite* – ou, como averba Washington Peluzo Albino de Souza – de “*incitações, dos estímulos, dos incentivos de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado*” (GRAU, 2012, p. 144, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, ao tratar da diferença entre medidas diretas e indiretas adotadas pelo ordenamento jurídico para obter conformidade às normas, Bobbio afirma:

[Medidas indiretas] visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento (BOBBIO, 2007, p. 16).

A intervenção por indução pode ser implementada, por exemplo, pela adoção de normas-padrão acompanhadas de restrições procedimentais, pensadas para “garantir que todo desvio [das normas-padrão] seja plenamente voluntário e inteiramente racional” (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 30, tradução nossa)¹⁸. As restrições procedimentais impõem obstáculos à conduta que, embora não seja em si mesma proibida, é desestimulada pela dificuldade criada pelos obstáculos. É preciso ter

em conta, porém, que essas restrições não são justificadas a partir da simples discordância do Estado com a escolha das pessoas; elas só serão legítimas se a peculiaridade da situação levar a crer que os indivíduos tendem a tomar decisões precipitadas, das quais se arrependariam posteriormente. Esse instrumento interventivo poderia ser útil para regular, entre outros casos, o regime de bens do casamento de pessoa maior de setenta anos. Em vez de impor coercitivamente a separação de bens, como faz atualmente o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, seria interessante estabelecer restrições procedimentais que, por um lado, dificultariam a adoção de outro regime que não o de separação universal e, por outro, manteriam a liberdade de escolha dos nubentes.

Valendo-se da tendência de manutenção das normas-padrão por parte dos indivíduos, o Estado pode, no campo fiscal, estabelecer por padrão regimes tributários que atendam aos objetivos de política econômica, deixando em aberto a possibilidade de preferir não segui-las, para escolher outros regimes.

É possível também equilibrar a assimetria informacional entre os agentes econômicos, promovendo a divulgação de informações relevantes sobre os bens que estão sendo oferecidos no mercado. Com mais informação à disposição dos agentes econômicos, o mercado funciona de forma mais transparente, garantindo melhores condições para os indivíduos escolherem bem. Exemplo de norma que visa ao equilíbrio da assimetria informacional é a Resolução nº 3.517, de 6/12/2007, do Banco Central do Brasil, que impõe às instituições financeiras e às sociedades de arrendamento mercantil o dever de informar o Custo Efetivo Total (CET) nas operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas, microempresas ou empresas de pequeno porte. Essa norma

¹⁸ “Designed to ensure that any departure [from the default rules] is fully voluntary and entirely rational.”

não interfere diretamente na contratação; apenas exige que sejam prestadas informações precisas sobre o que está em jogo no negócio entre as partes.

A instituição de pontos de partida interpretativos mais favoráveis aos agentes econômicos mais vulneráveis tende a corrigir os abusos cometidos por aqueles que detêm maior poder no mercado. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, apresenta diversos pontos de partida interpretativos favoráveis ao consumidor, que é tido como hipossuficiente em relação ao fornecedor. Por serem apenas pontos de partida, a interpretação final de cada caso ainda não foi realizada, podendo ser tanto mais favorável ao consumidor quanto ao fornecedor.

5. Conclusão

A liberdade é o direito individual por excelência, que capacita o indivíduo para alcançar sua felicidade, que só é possível no contexto da busca pelos fins que cada um elege para si, de acordo com a concepção de “vida boa” que adota. A condição de igual liberdade de todos impõe restrições à utilização dos seres humanos como meros meios. Ninguém pode ser utilizado simplesmente como instrumento para atingir fins alheios a si mesmo, porque os indivíduos são invioláveis.

O paternalismo libertário apresenta-se como uma medida intervencionista mínima, que visa à promoção do bem-estar das pessoas, sem impor restrições à liberdade, na medida em que poderão facilmente evitar a sugestão paternalista. Por esse motivo, ele é coerente com a liberdade individual, já que não trata os indivíduos simplesmente como objetos.

Na matriz do Estado Democrático de Direito, o poder público tem a obrigação de atuar no domínio econômico, no intuito de atender aos objetivos de política econômica, segundo os princípios previstos na Constituição de 1988. Entre as formas possíveis de atuação, o Estado pode lançar mão daquelas pautadas na ideia de indução, que têm o escopo de estimular ou inibir determinadas condutas, para promover o bem-estar das pessoas, sem, contudo, restringir injustamente a liberdade dos agentes econômicos. Nesse sentido, a ideia de paternalismo libertário está presente no ordenamento jurídico brasileiro, na matriz do Estado Democrático de Direito.

Intervindo mediante indução, o poder público estará em melhores condições para alcançar os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da CF, conciliando, na maior medida possível, a redução das desigualdades sociais com a liberdade individual.

Sobre os autores e financiamento

Bruno Anunciação Rocha é mestrando em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa Núcleo Justiça e Democracia do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: bruno.a.rocha@gmail.com

Marcelo Campos Galuppo é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; é professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; membro do Grupo de Pesquisa CNPq Núcleo Justiça e Democracia; Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore, Baltimore, Maryland, Estados Unidos da América; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: marcelogaluppo@uol.com.br

Este artigo contou com financiamento do Programa Pesquisador Mineiro da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), não havendo qualquer conflito de interesse que envolva sua publicação.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁹

LIBERTARIAN PATERNALISM AND THE OF LAW

ABSTRACT: Although the Libertarian Theory provides a Justice conception in which the State can only act correctively, there is some difficulties to forward this theory in actual situations, since, according to behavioral economics analysis, the Law influences people behavior in such an unavoidable way, even without Law enforcement. The results presented by such researches criticize the notion of homo economicus itself, so important to Libertarianism. The trouble is however overruled when one takes in consideration the idea of Libertarian Paternalism, which lets the people behave in order to improve their welfare, according to their own standards, providing nevertheless their freedom to chose whatever they find to be the best for them. Thus, the Libertarian Paternalism doesn't seem to deviate from Libertarianism at all, since, on one hand, although it advances the people's welfare, on the other hand it doesn't restrict their free will. In Brazil, it seems to be possible that the State intervene in a paternalistic way according to libertarian economic standards if it nudges the citizens in such a way as suggested by Eros Grau in his work.

KEYWORDS: LIBERALISM. LIBERTARIANISM. PATERNALISM. PUBLIC POLICY. RULE OF LAW.

Referências

BERLIN, Isaiah. Four essays on liberty. New York: Oxford University, 1969. 213 p.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. 285 p.

¹⁹ Sem revisão do editor.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

FERREIRA NETTO, Adyr Garcia; OLIVEIRA, Lourival José de. Intervenção do estado no domínio econômico: síntese econômica, filosófica e jurídica e perspectivas para a economia globalizada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 12, p. 9-22, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 10, n. 19, p. 105-117, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/1007424/Matrizes_do_pensamento_jur%C3%ADdico_um_exemplo_a_partir_da_literatura>. Acesso em: 9 jun. 2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica). 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 384 p.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, p. 1.471-1.550, maio 1998.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Ed. 70, 2007.

NOZICK, Robert. Anarquia, estado e utopia. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. 476 p.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 383 p.

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 349 p.

SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Best Seller, 1999. 646 p.

SANTOS JÚNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 3, n. 3, p. 244-264, set./dez. 2008.

STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. 14 set. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92810,41046-STJ+busca+parametros+para+uniformizar+valores+de+danos+morais>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *University of Chicago Law Review*, n. 70, p. 1159-1202, 2003.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, c2008.

VINHA, Thiago Degelo. Estado e economia: o intervencionismo estatal no atual cenário jurídico-econômico brasileiro. *Hórus – Revista de Humanidades e Ciências Sociais Aplicadas*, Ourinhos, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://portaladm.estacio.br/media/3708898/artigo-thiago.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

VITA, Álvaro de. Liberalismo contemporâneo. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 55-65.