



PATERNALISMO LIBERTÁRIO MITIGADO? REFLEXÕES SOBRE O ARE Nº 1.309.642

Libertarian mitigated paternalism? Reflections regarding ARE No. 1,309,642

Valter Shuenquener de Araujo

Faculdade de Direito da UERJ

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1584-5340>

E-mail: vsaraujo19@gmail.com

Márcio Bellora Saraceni

UERJ

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1584-5340>

E-mail: mbsaraceni@hotmail.com

Trabalho enviado em 23 de dezembro de 2024 e aceito em 20 de fevereiro de 2025



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 18, N.02, 2025, p. 150-169

Valter Shuenquener de Araujo e Márcio Bellora Saraceni

DOI: [10.12957/rqi.2025.88811](https://doi.org/10.12957/rqi.2025.88811)

RESUMO

O paternalismo libertário e suas estratégias de intervenção mínima na autonomia privada vêm ganhando espaço no Brasil, seguindo um crescente interesse pelos estudos de economia comportamental impulsionados pelo israelense e norte-americano Daniel Kahneman. Tendo se originado na década de 1950, as críticas e preocupações da economia comportamental sobre a possibilidade de direcionamento da vontade individual ainda se encontram em uma fase inicial de debate no Brasil. Este artigo procura contribuir nesse debate por meio da análise do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642. Nele, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II do Código Civil, transformando o regime de separação obrigatória de bens para septuagenários em uma regra padrão, resguardada a possibilidade de opção por regime alternativo mediante escritura pública. Como resultado, foi possível extrair do julgamento uma preferência do STF por um paternalismo estatal menos intenso a um paternalismo forte e coercitivo, mas não houve enfrentamento de temas críticos e éticos que envolvem estratégias de *nudge*. A metodologia da pesquisa é bibliográfica por meio da revisão da literatura existente sobre o tema.

Palavras-chave: Paternalismo libertário; *Nudge*; Autonomia individual; Regime de bens; Idoso.

ABSTRACT

Libertarian paternalism and its strategies of minimal intervention in private autonomy have been gaining ground in Brazil, following a growing interest in behavioral economics studies driven by Israeli and American Daniel Kahneman. Having originated in the 1950s, the criticisms and concerns of behavioral economics about the possibility of directing individual will are still in an early stage of debate in Brazil. This article seeks to contribute to this debate by analyzing the judgment of Interlocutory Appeal in Extraordinary Appeal No. 1,309,642. In it, the Federal Supreme Court gave an interpretation in accordance with the Constitution to art. 1,641, II of the Civil Code, transforming the regime of mandatory separation of assets for septuagenarians into a standard rule, safeguarding the possibility of opting for an alternative regime through a public deed. As a result, it was possible to extract from the judgment the STF's preference for a less intense state paternalism rather than a strong and coercive paternalism, but there was no confrontation with critical and ethical issues involving nudge strategies. The research methodology is bibliographic through the review of existing literature on the topic.

Keywords: Libertarian paternalism; Nudge; Individual autonomy; Matrimonial property scheme; Senior citizen.

1. INTRODUÇÃO

O termo *nudge* está conquistando cada vez mais espaço no direito brasileiro, em uma tendência de crescente interesse pela interseccionalidade entre o direito e a economia comportamental, especialmente em matéria de políticas públicas. Cunhado por Cass Sunstein e Richard Thaler, o “empurrãozinho” (*nudge*) é a estratégia sugerida pela doutrina do paternalismo libertário para guiar as pessoas a tomarem melhores decisões, respeitada a liberdade individual de adoção de um caminho diverso.

Em 2023, seguindo o exemplo de países como a Inglaterra e os Estados Unidos (HORTA, 2017, p. 656-657), o governo brasileiro criou um órgão para auxiliar a formulação de políticas públicas através das lentes da economia comportamental. Referida unidade tem o nome de Ciências Comportamentais em Governo, adota a sigla CINCO e integra a estrutura do Ministério de Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (BRASIL, [2023?]). A CINCO já se encontra engajada em projetos que objetivam investigar os problemas comportamentais na implementação de políticas públicas, adotar práticas sustentáveis na área de agricultura, incentivar compras e contratações públicas focadas em sustentabilidade, reduzir a burocracia (*sludge*) e aprimorar a integridade pública (BRASIL, 2023). Já temos, portanto, um órgão estatal, cuja atuação terá como foco a lógica da economia comportamental e, em especial, do paternalismo libertário.

O paternalismo libertário e suas estratégias de intervenção na autonomia privada proporcionam as mais variadas vantagens, tais como a de preservar, ao máximo que o convívio em sociedade recomendaria, a autonomia do indivíduo e a de direcionar a tomada de decisão individual para as melhores práticas conhecidas. No entanto, ele também gera preocupações e críticas, que ainda demandam uma mais ampla reflexão na literatura e na jurisprudência brasileira.

No início de 2024, o tema do paternalismo apareceu no ARE nº 1.309.642, um notório julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nele o STF reconheceu a inconstitucionalidade de uma histórica regra paternalista imposta pelo legislador brasileiro: a regra do Código Civil que impõe o regime de separação legal de bens quando um dos nubentes tiver 70 ou mais anos de idade. Ao conferir interpretação conforme à Constituição ao correspondente dispositivo do Código Civil¹, a Corte instituiu uma regra que tem características dos preceitos do paternalismo libertário, ditando que o regime de separação de bens é a regra padrão aplicável aos septuagenários, resguardada a opção de ser pactuado um regime diferente mediante escritura

¹ “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”. (BRASIL, 2002).

pública (BRASIL, 2024)². Um sistema que orienta o cidadão em um determinado sentido, mas que também preserva a autonomia da vontade de quem não deseja se submeter à escolha padrão.

O presente artigo pretende contribuir no debate sobre o emprego do paternalismo libertário no Brasil, por meio do exame de literatura e jurisprudência, e, para tanto: (i) apresentará os preceitos do paternalismo libertário e as críticas que vêm sendo formuladas; (ii) abordará o histórico da regra que impõe limites à autonomia dos septuagenários para eleição do regime de bens do casamento, e, então, (iii) analisará o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642 para avaliar os termos da solução paternalista libertária construída pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final, serão apresentadas as conclusões do artigo, com as ponderações sobre o precedente e o paternalismo brasileiro na visão da Corte Constitucional.

2. PATERNALISMO LIBERTÁRIO: PREMISSAS E CRÍTICAS

O tópico do paternalismo libertário se relaciona com os temas da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, tendo em vista que também volta sua atenção para o debate entre a capacidade individual de autodeterminação e os limites que lhe podem ser impostos pelo Estado. Diversas são as razões e as correntes doutrinárias que justificam a existência de uma restrição na autonomia da vontade, a exemplo da ideia liberal clássica instaurada por John Stuart Mill de que apenas danos a terceiros poderiam justificar uma restrição à liberdade individual (2011); o moralismo jurídico e o perfeccionismo com suas pretensões de guiar os cidadãos em uma certa direção de valores; o paternalismo como justificativa para proteção do agente contra si mesmo (SARMENTO, 2016, p. 163-183), e o comunitarismo e a sua preocupação com a vida em comunidade como fator legitimador para a limitação do espaço de liberdade individual (BRUGGER, 2004, p. 434).

O termo paternalismo libertário surgiu em um artigo publicado em 2003 por Cass Sunstein e Richard Thaler, em que os autores propuseram um novo conceito para orientar a intervenção (tanto estatal quanto privada) sobre a liberdade individual. Cuida-se de um instituto que procura atender os anseios dos maiores libertários e defensores da autonomia privada, assim como as preocupações daqueles que enxergam a necessidade de se ter um espaço de intromissão nas escolhas privadas dos indivíduos. O título do artigo já adianta a defesa dos autores de que a expressão “paternalismo libertário” não consiste em um oxímoro, em uma contradição em seus próprios termos, pois seria

² Restou definida a seguinte tese em sede de repercussão geral (Tema nº 1236): “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”. (BRASIL, 2024).

possível conduzir os indivíduos em uma determinada direção (paternalismo), sem que isso cerceasse a sua liberdade de escolha e de divergir da direção do empurrão (libertário) (SUNSTEIN; THALER, 2003).

A teoria de Sunstein e Thaler se baseia nos achados de Daniel Kahneman e Amos Tversky (1982), que demonstraram serem falhas as premissas ao redor do *homo economicus* e da teoria da escolha racional. Nessa perspectiva, estaria equivocada a ideia neoclássica da economia de que indivíduos são plenamente racionais e fariam, a todo tempo, as melhores escolhas em termos de maximização da sua utilidade e bem-estar, premissas essas que, também, são amplamente aceitas e internalizadas pelo direito (HORTA, 2017, p. 652). Kahneman e Tversky evidenciaram que, ao contrário que se presumia sobre o *homo economicus*, os indivíduos fazem usem de regras gerais ou atalhos mentais (heurísticas) que sistematicamente conduzem a resultados enviesados (vieses) (THALER; SUNSTEIN, 2023, p. 38). Todos os humanos teriam dois sistemas mentais aos quais recorrem na hora de raciocinar: um rápido e intuitivo, o outro lento e reflexivo (KAHNEMAN, 2012; THALER; SUNSTEIN, 2023, p. 50).

A proposta de Sunstein e Thaler de uma nova forma de paternalismo se fundamenta (i) na constatação de que as pessoas reais nem sempre fazem as melhores escolhas em seu próprio interesse; (ii) no argumento de que, inevitavelmente, decisões também serão tomadas pelos arquitetos de escolhas (seja uma entidade privada, seja o governo), o que deveria ser feito com o objetivo de maximização do bem-estar; (iii) na ausência de coerção e, nesse sentido, na preservação da liberdade de escolha dos indivíduos, desde que os custos para divergir sejam baixos (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 1160-1161).

Os agentes privados e públicos que “têm a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões”, os arquitetos da escolha (THALER; SUNSTEIN, 2023, p. 17), possuem um leque de instrumentos para guiar o comportamento individual. Como exemplos temos a instituição de regras-padrão (*default rules*), que regem uma determinada situação na ausência de uma escolha ativa alternativa; o uso de âncoras (*anchors*), que funcionam como pontos de partida capazes de influenciar o raciocínio humano, e o enquadramento (*framing*) de uma informação por meio da forma como uma pergunta é feita, o que altera a percepção das pessoas e acaba por influenciar na sua resposta (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 1173-1180). Este artigo tratará especificamente de uma hipótese de regra-padrão, que representa potencialmente o *nudge* mais eficiente, nas palavras de Cass Sunstein (2019, p. 127-129).

O reconhecimento da racionalidade limitada e a explicitação de ferramentas e estratégias que se baseiam nesse achado para orientar a ação humana enfrentam críticas, a exemplo: (i) da dificuldade de se delimitar quando uma influência sobre o indivíduo passa a ser um instrumento de

manipulação - o que torna ainda mais perigosa uma forma sutil de intervenção (ROCHA, 2021, p. 4); (ii) da ausência de publicidade e transparência, o que pode impedir o controle por parte daqueles que são alvo da intervenção (ROCHA, 2021, p. 4-5); (iii) da existência de cenários em que a arquitetura de escolhas suprimiria totalmente a liberdade de escolha (FILHO, 2020, p. 408-410); (iv) do risco de crescente expansão do Estado dentro de diversos aspectos da vida humana (RIBEIRO; DOMINGUES, 2021, p. 109), e (v) da possibilidade de a agenda do Estado ser capturada por grupos de interesse (RIBEIRO; DOMINGUES, 2021, p. 115).

As críticas, como as acima enumeradas, geralmente são formuladas na literatura de forma hipotética e, portanto, um exame pormenorizado de casos específicos de intervenção paternalista libertária se faz necessário para se analisar a legitimidade de uma dada intervenção estatal. No próximo capítulo, serão avaliadas as justificativas para a imposição da medida paternalista que veda às pessoas de certa idade o direito de optar pelo regime de bens do seu próprio casamento, para, posteriormente, se examinar o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa norma.

3. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA PESSOAS IDOSAS: RAÍZES PATERNALISTAS

A restrição à autonomia das pessoas idosas para a escolha do regime de bens do seu casamento se encontra vigente no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos, desde a Proclamação da República. Em 1890, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, na figura de chefe do governo provisório da recente república dos Estados Unidos do Brasil, decretou a lei sobre o casamento civil, cujo artigo 58 expressamente vedava a comunhão de bens, caso a mulher fosse menor de 14 ou maior de 50 anos, e caso o homem fosse menor de 16 ou maior de 60 anos (BRASIL, 1890). O Código Civil de 1916 instituiu o regime de separação obrigatória, dentre outras hipóteses, para o homem maior de 60 anos e a mulher com mais de 50 anos (art. 258) (BRASIL, 1916)³. O Código Civil de 2002, por sua vez, mudou a regra para impor o regime da separação obrigatória para qualquer pessoa acima de 60 anos (BRASIL, 2002), o que foi posteriormente alterado para 70 anos pela Lei nº 12.344/2010 (BRASIL, 2010).

Desde o final do século XIX e início do século XX com Clóvis Beviláqua, jurista proximamente envolvido na elaboração do Código Civil de 1916 (BEVILÁQUA, 1901), já se apontava a necessidade de intervenção sobre a autonomia das pessoas com idade avançada, quando já não mais seriam – por presunção legal - capazes de exercer um juízo de racionalidade confiável quanto ao

³ A regra do Código Civil de 1916 chama atenção pelo fato de considerar uma maior necessidade de ingerência estatal em relação à mulher do que no caso do homem. Uma espécie de paternalismo machista que, por incrível que pareça, perdurou até 2003 quando o atual Código Civil entrou em vigor..

companheiro eleito, cujos interesses poderiam ser meramente patrimoniais. Confirma-se os comentários de José Fernando Simão, Flavio Tartuce e Caetano Lagastra Neto a esse respeito:

Os motivos, a chamada teleologia ou finalidade da norma, já eram explicados por Clóvis Beviláqua: ‘essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe entreva a ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge (...)’. Em outras palavras, pensava Beviláqua no início do século XX que, depois de certa idade, a pessoa se fragiliza afetivamente e se torna vítima de golpistas inescrupulosos. (...) lembro-me da lapidar frase de Sílvio Rodrigues: ‘É nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa moça procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte’ (...). A regra evita o popular ‘golpe do baú’, de acordo com a doutrina pátria. (2012, *apud* BRASIL, 2024, p. 34-35)

O risco do, em linguagem popular, “golpe do baú” e a presunção de irracionalidade dos idosos (que seriam, ao menos presumivelmente, incapazes de identificar companheiros interesseiros) serviram como justificativas para que o legislador brasileiro suprimisse, por mais de 100 anos, a autonomia privada dessas pessoas e impusesse o regime de bens que entendia que protegeria o agente irracional. Essas características qualificam a norma como paternalista, que se dá quando o Estado age como um pai dando ordens a um filho por, supostamente, saber o que é o melhor para ele (SARMENTO, 2016, p. 170). Cuida-se, ainda mais, de um paternalismo forte (RIBEIRO; DOMINGUES, 2021, p. 110), ou coercitivo (ROCHA, 2021, p. 9), em que certas opções são restringidas do agente, pois não pode acessá-las, ainda que por declaração expressa da sua vontade.

Com o decorrer das décadas, a doutrina passou a criticar essa postura paternalista do Estado, o que se deu por razões diversas, que se encontram ilustradas ao longo do acórdão do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642: o casamento por interesse poderia ocorrer em qualquer idade e não apenas com idosos⁴; a fortuna aumentaria o atrativo matrimonial e nada haveria de errado se alguém quisesse dividi-la⁵; o “impulso afetivo” (mencionado por Clóvis Beviláqua) não é algo restrito aos jovens -- na verdade, pode ser um atributo mais presente em pessoas experientes; o receio do casamento por interesse deveria impedir o próprio casamento e não a escolha do regime

⁴ “[...] esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir”. (SILVA PEREIRA, 2017, p. 244 *apud* BRASIL, 2024, p. 91).

⁵ “Tal restrição é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário, ou uma quinquagenária ricos, se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”. (RODRIGUES, 1973, p. 192 *apud* BRASIL, 2024, p. 91).

de bens⁶; a regra cria uma hipótese de incapacidade civil sem o devido processo legal, além de ser preconceituosa com idosos⁷; a proibição de escolha do regime de bens é incongruente com a capacidade dos idosos para disposição de bens e exercício de atos da vida civil⁸; a norma legal afronta o princípio da dignidade da pessoa humana⁹; pessoas com deficiência podem se casar mediante representação sem qualquer restrição na escolha do regime de bens, e, portanto, não faz sentido aplicar uma restrição maior a pessoas que não são civilmente incapazes¹⁰; trata-se de

⁶ “Outro ponto em que a autodeterminação patrimonial dos cônjuges sofre injusto limite do direito brasileiro está na obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de sessenta e as maiores de cinquenta anos (Código Civil, art. 258, parágrafo único, II). Custa crer que como argumento para essa odiosa discriminação se tenha considerado que, a tais idades, as pessoas já não se casam ‘por impulso afetivo’. A afetividade, enquanto tal, não é um atributo da idade jovem. Seria até mais natural admitir-se que ela se apura com o passar dos anos. De qualquer modo, a solução é contraditória, porque a implícita suspeita de um casamento por interesse que ela, no fundo, revela, deveria levar antes à proibição deste que a permiti-lo sob controle meramente patrimonial. Que critério é esse da lei, que abandona a pessoa aos riscos de uma humilhante manipulação, mas defende-lhe ciosamente os bens, como se estes excedessem aquela em importância? Se a pessoa, qualquer que seja a idade, não apresenta limitações que a impeçam de ter consciência de seus atos e de os assumir pelo exercício da vontade livre, não se lhe pode restringir o uso das liberdades que a todos se devolvem. O idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe falem os atributos de consciência e volição necessários ao consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas conseqüências. A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonial do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade”. (VILELLA, 1980, p. 675-676 *apud* BRASIL, 2024, p. 92).

⁷ “[...] Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. [...] Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. Nosso direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência”. (LÔBO, 2017 *apud* BRASIL, 2024, p. 95).

⁸ “[...] não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado ‘golpe do baú’”. (DINIZ, 2023, p. 202 *apud* BRASIL, 2024, p. 95-96).

⁹ “[...] é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana”. (COELHO, 2020, p. 93 *apud* BRASIL, 2024, p. 96).

¹⁰ “A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 747 a 758). O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio resgatar a dignidade e assegurar os direitos civis a quem tem limitações físicas ou psíquicas, a ponto de se afirmar que nem existe mais ação de interdição, mas somente curatela específica, para determinados atos. O mais curioso é que uma pessoa com deficiência pode casar (CC 1.550 § 2.o), manifestando sua vontade por meio de seu representante, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens. Mas o fato de alguém ter mais de 70 anos, ainda que seja absolutamente capaz, não tem a mesma liberdade. Como diz Zeno Veloso, o idoso, só por ser idoso, não

proibição decorrente da cultura patrimonialista brasileira, que valoriza o patrimônio e não a pessoa¹¹, e não seria plausível invocar a proteção patrimonial dos herdeiros para impor restrições ao exercício da autonomia privada dos idosos¹².

Não obstante os fortes argumentos apresentados por vasta corrente doutrinária que se formou em objeção à histórica regra paternalista, o legislador brasileiro a reproduziu no Código Civil de 2002, a manteve (com pequena alteração de idade) em 2010 por meio da Lei nº 12.344, e a sua inconstitucionalidade somente foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 2024 no julgamento que será tratado no próximo capítulo.

4. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.309.642: O RECURSO AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO COMO FORMA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

Em 1º de fevereiro de 2024, o Supremo Tribunal Federal apreciou o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642, originário de ação de inventário em que se litigava sobre o regime de bens aplicável a uma união estável iniciada quando o *de cujus* já possuía mais de 70 anos de idade. A recorrente defendeu a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, que impunha o regime de separação obrigatória de bens quando um dos nubentes fosse maior de 70 anos¹³. A decisão de primeira instância declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, o que foi reformado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que entendeu ser constitucional a intenção do

e civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe falem os atributos da consciência e volição necessários para o consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas consequências. A proibição, na verdade, e bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige a terceira idade”. (DIAS, 2023, p. 441-442 *apud* BRASIL, 2024, p. 96-97).

¹¹ “Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei no 10.741/01 - Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação. E, enfim, um verdadeiro ultraje gratuito a melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que pouco se acostumou a valorizar a pessoa e não o seu patrimônio. O ser e não o ter! [...] Sem dúvida, e um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais”. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 245-246 *apud* BRASIL, 2024, p. 97-98)

¹² “O enunciado doutrinário é perfeito. Primeiro, porque o dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. Realmente, ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito. Ademais, penso que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender. A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho, pois herdeiro não é profissão”. (SCHREIBER, 2022, p. 1427 *apud* BRASIL, 2024, p. 99).

¹³ No julgamento, também se discutiu se a vedação prevista no dispositivo se aplicaria às uniões estáveis, tendo em vista se destinar ao casamento. Essa questão é secundária e de menor interesse para o presente artigo. Vale mencionar, em resumo, a Corte entendeu que não há distinção da regra entre união estável e casamento e, portanto, a regra se aplicaria igualmente para uniões estáveis (nos termos fixados no julgamento).

legislador de restringir a autonomia da vontade para proteger a pessoa idosa e os herdeiros necessários de casamentos que seriam realizados unicamente com interesses econômico-patrimoniais.

Ao apreciar a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70 anos, a maioria do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma impugnada: viola a dignidade da pessoa humana, especialmente no que toca à autonomia individual para tomar as decisões que se entender sejam as melhores; se baseia na premissa equivocada de que pessoas idosas não possuem a perspicácia para identificar aproximações por interesse, tratando-se de medida paternalista que se baseia na presunção absoluta de vulnerabilidade; está em descompasso com o princípio da intervenção mínima no direito de família, que decorre da necessidade de preservação da autonomia individual; viola a dignidade da pessoa humana também na perspectiva do valor intrínseco de toda pessoa, pois não se pode admitir que o idoso (e seu patrimônio) seja um meio para persecução do interesse de terceiros (i.e., dos futuros herdeiros); contraria o princípio da igualdade, pois usa a idade para criar uma desequiparação entre pessoas; faz uma indevida associação da longevidade com a inépcia cognitiva, implicando em verdadeiro etarismo; é incompatível com o sistema geral de capacidade do Código Civil; viola a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos que prevê, em seu artigo 7º¹⁴, o direito do idoso de tomar suas decisões e definir seu plano de vida, além do dever do Estado de assegurar o direito do idoso à livre disposição de seus bens, e contraria o dever do Estado de atuar com deferência ao intervir na liberdade familiar, em respeito ao princípio da autonomia privada.

O fio condutor dos votos declarados pelos ministros do STF foi a dignidade da pessoa humana, especificamente no que diz respeito à autonomia privada e ao direito de exercício das próprias escolhas de vida. A maioria dos ministros entendeu que o Estado não poderia exercer uma postura paternalista e substituir a vontade dos idosos pela adoção obrigatória de um dado regime de bens para o seu casamento. Até mesmo os votos em sentido contrário à tese da inconstitucionalidade da

¹⁴ “Artigo 7º Direito à independência e à autonomia

Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos. Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas. Em especial, assegurarão:

a. O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos (...).” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015).

regra questionada (e foram no sentido da sua constitucionalidade) deram relevância à autonomia dos nubentes.

Com efeito, o ministro Kassio Nunes Marques votou pela constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, por entender, dentre outros motivos, que a autonomia da vontade dos idosos estaria resguardada pela possibilidade de disposição dos bens em vida por meio de testamento, o que supriria a incapacidade gerada pelo regime da separação obrigatória de bens. Portanto, seria legítima a intervenção para proteção dos interesses patrimoniais do idoso e de seus herdeiros (BRASIL, 2024, p. 58-75). O ministro Dias Toffoli também declarou seu entendimento, no sentido de que não haveria lesão à autonomia da vontade, pois outros instrumentos, como testamento e doação, permitiriam alcançar o mesmo fim almejado com a alteração do regime de bens. Seria, assim, válida a opção do legislador de convencionar uma idade para limitar o regime de bens (BRASIL, 2024, p. 154).

É possível afirmar, em uma primeira análise, que a maioria do Supremo Tribunal Federal se opôs ao paternalismo estatal na forma veiculada pelo Código Civil e privilegiou os preceitos do liberalismo, no que toca à autodeterminação individual. Sob outro prisma, um dos aspectos interessantes desse julgamento foi a decisão da Corte de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II do Código Civil, técnica destinada a preservar a norma promulgada pelo Poder Legislativo, mas limitando suas possíveis interpretações. Com isso, a unanimidade dos ministros criou uma regra-padrão destinada às pessoas com mais de 70 anos, um regime de bens *default* que se aplica na ausência de manifestação em sentido contrário. E a manifestação pelo afastamento da regra legal demandaria a celebração de uma escritura pública.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que o caráter de norma cogente do art. 1.641, II do Código Civil seria inconstitucional, podendo-se admitir a sua constitucionalidade, caso ele seja lido como norma dispositiva, vale dizer, como um preceito que pudesse ser afastado pela vontade das partes:

Conforme demonstrado, a imposição legal do regime de separação de bens aos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos viola a dignidade da pessoa humana, a liberdade de constituir família, o princípio da igualdade e o dever de amparar as pessoas idosas (arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput*; 226; e 230, da Constituição). Assim, o art. 1.641, II, do Código Civil deve receber interpretação conforme a Constituição que lhe dê o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros, manifestada em escritura pública. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente. (BRASIL, 2024, p. 25)

É interessante notar que a interpretação conforme à Constituição teve aderência de todos os ministros, mas por razões distintas. Os ministros Cristiano Zanin¹⁵, Gilmar Mendes¹⁶ e Carmen Lúcia¹⁷ entenderam que a preservação do texto original presta deferência ao Poder Legislativo e ao princípio democrático. Já o ministro André Mendonça destacou que a proposta de interpretação conforme seria importante para tutelar possíveis idosos acometidos por doenças como Alzheimer, que afetam a capacidade cognitiva:

Senhor Presidente, também agradeço a Vossa Excelência pela pronta inserção e adaptação em função da observação que havíamos feito anteriormente. Penso que assim se garante ao mesmo tempo a liberdade de manifestação das pessoas acima de setenta anos, ao mesmo tempo que, em função de algumas enfermidades que tendem a acometer essas pessoas, como Alzheimer e outras doenças que afetam pessoas mais idosas, traz-se uma formalidade que me parece garantir a livre manifestação das pessoas no sentido do que melhor lhes convier na formalização do casamento ou da própria união estável, de modo mais específico referente a essa inserção. (BRASIL, 2024, p. 53)

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux também destacou a possibilidade de o Alzheimer comprometer a higidez mental do nubente:

Por outro lado, essa solução tem um lado, digamos assim, de consequencialismo à luz da ciência. O Professor Dworkin tem um livro sobre o domínio da vida. Nesse livro, ele narra que, infelizmente, milhões de pessoas sofrem de Alzheimer a partir de uma idade muito inferior a 70 anos. Se Vossa Excelência mantiver a regra hígida, salvo uma escritura pública, evidentemente, no momento da lavratura da escritura pública, pode-se aferir a higidez mental da mudança desse regime de bens. Por isso, fiz a pergunta se Vossa Excelência mantém a regra, salvo uma manifestação em sentido contrário por escritura pública, sendo certo que o Código Civil admite, a qualquer momento, a mudança do regime de bens. (BRASIL, 2024, p. 136-137)

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou, por sua vez, a importância de ser conferida a livre e consciente manifestação dos idosos na hora de optar por um regime de bens alternativo ao pretendido pelo legislador:

A opção foi fixar o regime de casamento como há a fixação para os casamentos das demais pessoas, independentemente da idade. Essa opção foi positiva, sem

¹⁵ “Contudo, entendo ser possível incidir balizas interpretativas capazes de mitigar os efeitos nocivos da norma e adequá-la aos ditames constitucionais. Com isso, preserva-se o texto original, em deferência ao princípio democrático e à livre conformação do legislador, de forma que o regime obrigatório de separação de bens deve incidir apenas na hipótese de silêncio dos nubentes”. (BRASIL, 2024, p. 48).

¹⁶ “Também a solução que se adota me parece bastante interessante no que diz respeito à deferência para com a decisão do próprio Parlamento, porque transforma uma norma inicialmente concebida como norma de caráter cogente em uma norma de caráter supletivo”. (BRASIL, 2024, p. 160).

¹⁷ “Então, eu acho que a interpretação mantém a norma em reverência ao Congresso Nacional, que agiu no sentido de tentar a proteção com esguardo também de outros valores, como o da família”. (BRASIL, 2024, p. 157)

a possibilidade daquele que pretende casar-se poder, por manifestação livre e consciente, como bem lembrou o Ministro André, alterar.

Parece-me que devemos manter exatamente a primeira opção do legislador, ou seja, na ausência de uma manifestação de vontade, vale o regime escolhido pelo legislador, possibilitando-se que, por vontade livre e consciente - como levantado pelo Ministro André, a necessidade de uma escritura pública resguarda realmente essa vontade livre e consciente -, possa haver alteração. (BRASIL, 2024, p. 76)

O ministro Nunes Marques, que votou pela constitucionalidade da norma por entender legítima a medida paternalista estatal, ressaltou que aderiria à proposta de interpretação conforme à Constituição, destacando a necessária proteção do patrimônio dos herdeiros:

Por outro lado, e ainda nessa corrente, temos a proteção da família. Não podemos esquecer o patrimônio dos herdeiros, de quem também ajudou a construir. Vossa Excelência trouxe opção mais ampla, que não afasta essa. Por isso, ao fim, concluí, acompanhando o voto de Vossa Excelência, entendendo que essa alternativa possibilita, de um lado, manter o regime legal, ou seja, sem que haja pacto antenupcial – e esse é o regime a ser estabelecido –, e de outro, por meio da livre vontade dos nubentes, afastar esse regime e adotar um diferenciado. Essa opção é um pouco mais ampla. (BRASIL, 2024, p. 55)

O que se observa, portanto, é que cinco dos dez ministros presentes¹⁸ expressamente entenderam que alguma medida de paternalismo seria cabível sobre a autonomia de septuagenários – ainda que três deles, os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e André Mendonça tenham entendido, no mérito, que não caberia ao Estado substituir a vontade dos idosos. Os demais ministros não se manifestaram diretamente sobre o cabimento de alguma medida de paternalismo, e suas decisões quanto à interpretação conforme à Constituição foi guiada, a princípio, por preocupações de autocontenção judicial e de segurança jurídica.

Há um dado desse julgamento que torna difícil extrair dele um precedente sobre o paternalismo brasileiro de forma geral, seja em sua vertente forte (paternalismo coercitivo) ou fraca (paternalismo libertário): a idade dos ministros. Há, no plano de fundo das discussões, uma proximidade com a causa que pode ser um fator a explicar a declaração da inconstitucionalidade do caráter cogente da lei e a instituição de um regime dispositivo. Essa aparente proximidade com o tema *sub judice* fica nítida em alguns trechos do acórdão:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: [...] A título de ilustração, a presunção *juris et de jure* da norma significa que muitos magistrados septuagenários atualmente em exercício, em plena atividade laborativa, que ainda não atingiram a idade da aposentadoria compulsória, careceriam, embora ainda aptos à prestação jurisdicional (inclusive para realizar o controle de constitucionalidade do objeto ora debatido), do discernimento necessário para escolher entre os diversos regimes de bens caso viessem a contrair casamento. Não me parece razoável.

¹⁸ O Ministro Flávio Dino ainda não havia sido empossado, o que somente ocorreu em 22.02.2024.

[...] **A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:** [...] Tivemos caso aqui, Senhor Presidente (acho que Vossa Excelência ainda não tinha chegado a integrar), em que o Ministro Peluso lembrava isto: “*Quer dizer que vou fazer 70 anos, continuo podendo julgar; agora, se eu fizer 70 anos e for me casar, não posso dispor da minha vontade; posso julgar sobre isso, acham que estou legitimado para, mas não estou legitimado para a minha vida pessoal por presunção legal?*”. (BRASIL, 2024, p. 100 e 155)

É também possível trazer para reflexão a técnica adotada pelo STF no caso apreciado de interpretação conforme à Constituição. Em um dos primeiros julgamentos em que se fez uso dessa técnica, em 1987 (POGREBINSCHI, 2012, p. 100), o Supremo Tribunal Federal estabeleceu limites claros à interpretação conforme, destacando que ela não poderia ser usada para “contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar” (BRASIL, 1988)¹⁹. Por melhor que tenha sido a intenção de se preservar a autonomia da vontade de pessoas com idade avançada, com o que, aliás, concordamos, não nos parece possível afirmar que uma das interpretações do texto legal objurgado e que previa “é obrigatório o regime da separação de bens” (art. 1.641 do Código Civil) seria a de que ele institui um regime de bens obrigatório, mas que pode se tornar facultativo, caso seja celebrada uma escritura pública em sentido contrário. As declarações de Clóvis Beviláqua a respeito da disposição semelhante constante no Código Civil de 1916, mencionadas anteriormente neste artigo e transcritas no próprio acórdão do julgamento, também tornam difícil a conclusão de que o legislador brasileiro pretendia algo diferente da categórica proibição.

Os argumentos de violação à dignidade humana, aliados às possibilidades de interdição que são mencionadas no próprio julgamento como instrumentos capazes de alcançar resultado semelhante para proteger o patrimônio das pessoas incapazes, dentre as demais premissas ventiladas a respeito da inconstitucionalidade da norma, deveriam ter levado à declaração de inconstitucionalidade da regra que impõe o regime da separação obrigatória às pessoas acima de 70 anos. Esse resultado implicaria uma postura estritamente libertária, que deixaria os septuagenários responsáveis pelas suas próprias ações. Dito de outra forma: o regime que exsurge como resultado do julgamento só deveria ser considerado possível, caso o preceito impugnado do Código Civil não vedasse expressamente regime diverso do de separação obrigatória dos bens. Interpretação conforme à Constituição só é possível diante de normas jurídicas que comportam variadas interpretações.

¹⁹ “O princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o S.T.F. - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.” (BRASIL, 1988).

Não é o objetivo deste artigo criticar o resultado alcançado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642, ou defender um libertarianismo irrestrito. As ponderações anteriores são apresentadas para suscitar uma aparente inconsistência no acórdão, que torna difícil extrair um posicionamento claro da Corte sobre os limites do paternalismo brasileiro. Parece que há uma proximidade com a causa que leva à condenação da norma com veemência, mas, ao mesmo tempo, há uma compreensão com a preocupação geral do legislador, de proteção de outras pessoas com idade mais avançada, que podem sofrer com alguma limitação de racionalidade (a exemplo da doença de Alzheimer citada no acórdão), o que resulta na criação de uma nova regra, diferente da que pretendeu o legislador, mas como forma de prestar deferência ao Poder Legislativo.

O que se pode extrair, com razoável certeza, é que a unanimidade dos ministros entendeu que uma medida de paternalismo um pouco mais fraco do que o criado pela literalidade do Código Civil seria a solução constitucional a ser dada não só no caso concreto, mas com efeitos vinculantes e declaração de tese de repercussão geral.

Ao menos cinco dos dez ministros reconheceram que há uma certa presunção de racionalidade limitada quando se trata de septuagenários, o que se alinha com as ideias do principal alicerce do paternalismo libertário, fundado na economia comportamental, de desconfiança que as pessoas façam, a todo tempo, a melhor decisão em termos do seu próprio bem-estar. Há, portanto, espaço para exercício do paternalismo, na visão de Sunstein e Thaler, para melhorar a vida das pessoas com mais de 70 anos.

A maioria dos ministros entendeu que o arquiteto de escolhas original, o Poder Legislativo, não poderia ter optado por uma medida paternalista que envolvesse coerção sem alternativas ao regime de separação de bens. O Supremo Tribunal Federal, como novo arquiteto de escolhas, instituiu a possibilidade de escolha por regime diverso, resguardando a liberdade dos septuagenários, o que, a princípio, atende o pressuposto libertário da teoria de Sunstein e Thaler (2003, p. 1174).

Os autores destacam desde o seu artigo inaugural que a fronteira entre o paternalismo libertário e o paternalismo estrito, coercitivo, não é simples e rígida, existindo um espectro que as divide e que deve ser avaliado dependendo do custo imposto ao indivíduo para divergir do plano do arquiteto de escolha (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 1184-1185). A imposição de uma escritura pública para que septuagenários possam optar por um regime diferente da separação total constitui uma restrição procedimental que denota uma forma um pouco mais agressiva de paternalismo, dentro do espectro do paternalismo libertário (SUNSTEIN; THALER, 2003, p. 1188-1189) – ou, como os autores passaram a chamar em trabalhos mais recentes, representa um sludge (SUNSTEIN, 2021), uma burocracia que interfere na satisfação plena da autonomia do indivíduo (THALER; SUNSTEIN, 2023, p. 144-165).

O idoso terá, assim, a liberdade de escolher o regime de bens do seu matrimônio, mas o custo não será tão baixo, pois a opção demanda o conhecimento dessa possibilidade e a capacidade de arcar com as despesas de uma escritura pública. A obrigação de manifestação de vontade por meio de uma escritura pública constitui um custo de transação que, para a maioria dos brasileiros, não é trivial e isso é um fator capaz de desprestigiar a autonomia da vontade. *Sludges* que, na prática, podem continuar a inviabilizar o livre direito de escolha para grande parte dos brasileiros.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal não tenha invalidado a regra legal do regime de separação de bens, abriu-se, com a decisão, uma possibilidade de o idoso com mais de 70 anos de idade dela divergir, o que representa um avanço na redução da intensidade do paternalismo estatal. Entretanto, a escolha por um método de consentimento implícito não é um bom indicador de que os septuagenários continuarão aderindo ao regime da separação total de bens por concordar com a direção traçada pelo Supremo Tribunal Federal. É preciso rememorar que, à luz do viés do *status quo*, que prediz que as pessoas tendem a permanecer inertes e a não fazer mudanças, a criação de uma regra-padrão tem o potencial de manter a maioria dos septuagenários aderindo ao regime de separação de bens por conta de inércia e desatenção, como já sustentavam diversos estudos feitos por Sunstein e Thaler (2003, p. 1171).

O julgamento, no entanto, não contou com discussões sobre o paternalismo libertário, *nudge* ou com as preocupações éticas e críticas que geralmente são feitas pela literatura. Há, como mencionado anteriormente, uma preocupação relevante com a transparência dessa intervenção (ROCHA, 2021, p. 4-5). O cenário de inércia e desatenção antes mencionado será ainda mais agravado pelo provável desconhecimento do julgado por grande parte da população brasileira. Além disso, há de se indagar como a decisão irá se operacionalizar na prática, no dia a dia dos cartórios. Uma preocupação mais proeminente com o aspecto libertário da medida exigiria, por exemplo, que os nubentes fossem invocados a fazer uma escolha ativa pelo regime de bens. O silêncio do cartório e a ausência de informação sobre o julgamento feito pelo Supremo Tribunal Federal contaria com a ajuda do viés do *status quo* para que septuagenários não divergissem do plano paternalista. Isso configuraria uma manipulação? Intencional ou involuntária?

Nenhum desses tópicos específicos foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642, o que nos induz à conclusão de que referido julgado não pode ser encarado como um precedente sólido sobre paternalismo, libertário ou não, quando menos, sobre a instituição de regras-padrão como uma ferramenta de *nudge*. Os votos analisados neste artigo apontam para uma prevalência do paternalismo, ainda que em sua vertente menos intensa do que a existente na redação original do Código Civil. Não se adotou um modelo de paternalismo libertário puro e mais próprio de um cenário de liberalismo e típico da cultura a

que Sunstein e Thaler estão acostumados nos Estados Unidos da América. Dentro do espectro do paternalismo libertário, a Corte Constitucional adotou uma medida que se inclina muito mais para o paternalismo, mais tradicional da cultura brasileira.

Ao nosso ver, o caso trata de um paternalismo libertário que consideramos mitigado, muito próximo da fronteira do paternalismo coercitivo, diante dos custos existentes para que os septuagenários desviem do regime (ex-obrigatório) da separação total de bens.

É necessário lembrar que, mesmo dentro do paternalismo fraco, há um espectro de ferramentas (como as âncoras e o enquadramento mencionados anteriormente neste artigo) e de minúcias (a exemplo das questões de transparência e de manipulação) que podem e devem ser analisadas pelos arquitetos de escolha quando da construção – ou reconstrução - de medidas de paternalismo libertário, pois inevitavelmente afetam o resultado prático sobre o comportamento dos indivíduos.

5. CONCLUSÃO

O exame do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642 é relevante para a análise do paternalismo no contexto brasileiro, e aponta para uma evolução na forma como o direito equilibra a autonomia individual e a intervenção estatal. A regra histórica que, por mais de 100 anos, restringiu completamente a autonomia privada dos idosos de escolha do regime de bens do seu casamento com base em uma presunção de incapacidade racional, foi reinterpretada pelo Supremo Tribunal Federal sob uma ótica de um paternalismo libertário em uma vertente mais mitigada do que a de um paternalismo libertário puro. Reconheceu-se a importância da proteção à dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, e se condenou o exercício de um paternalismo estatal forte, que foi substituído pela por uma regra-padrão que respeita o direito de escolha dos indivíduos, desde que manifestada por escritura pública.

A decisão equilibra a intervenção estatal, ao definir um regime de bens que se torna padrão, com a liberdade individual, ao possibilitar a escolha ativa por outro regime. Contudo, questões como a transparência da regra, as formas de sua implementação, e os possíveis efeitos da regra-padrão em sua sociedade marcada pela desigualdade, demonstram que o debate sobre os limites do paternalismo libertário ainda é muito incipiente. Embora a decisão da Corte Constitucional tenha seguido a lógica do paternalismo libertário numa versão mitigada, o futuro de sua aplicação no direito brasileiro dependerá de um maior e mais aprofundado debate sobre os limites das medidas de paternalismo libertário.

6. REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Actas dos trabalhos da Comissão Revisora do Projecto de Codigo Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/609871>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Coleção de Leis do Brasil - 1890, Página 168 Vol. 1 fasc. 1º.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Seção 1, 05.01.1916, Página 133.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417**. Relator: Ministro Moreira Alves, 15 de abril de 1988. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34375/false>. Acesso em: 22 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Seção 1, 11.01.2002, Página 1.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Diário Oficial da União, 10.12.2010.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. **Projetos de inovação governamental**. [s.l.], 8 ago. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco/projetos>. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. **Cinco iniciativas de inovação governamental que estão transformando o Brasil**. [s.l.], [2023?]. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco>. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 2 de abril de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur499440/false>. Acesso em: 22 nov. 2024.



BRUGGER, Winfried. Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution. **International Journal of Constitutional Law**, v. 2, n. 3, p. 431–460, 2004.

FILHO, Márcio Cunha. Sobre a liberdade: o paternalismo libertário concilia deontologismo e consequencialismo? **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 31, p. 405-414, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/tkhTmyhqbLwFRBjqKSgYvXS/?lang=pt>. Acesso em: 25 nov. 2024.

HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o paternalismo libertário. Pensar: **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 651-664, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/5602>. Acesso em: 25 nov. 2024.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. Washington, DC: OEA, 2015. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf. Acesso em: 21 nov. 2024.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Paternalismo libertário e políticas públicas: intervenção e transparência. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 104-120, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6561>. Acesso em: 25 nov. 2024.

ROCHA, César Antonio Alves da. Nudges e paternalismo libertário: apontamentos sobre questões emergentes. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, v. 23, p. 1-19, 2021. Disponível em: <https://rbtcc.com.br/RBTCC/article/view/1525>. Acesso em: 25 nov. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



STUART MILL, John. **Sobre a liberdade**. Tradução: Pedro Madeira. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **Sludge**: What stops us from getting things done and what to do about it. 1. ed. Cambridge: The MIT Press, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. **National Association for Business Economics**, v. 54, p. 127-129, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/s11369-018-00104-5>. Acesso em: 14 set. 2024.

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

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões. Tradução Ângelo Lessa – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2023.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (org.). **Judgment under uncertainty: heuristic and biases**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 3-20.

Sobre o autor:

Valter Shuenquener de Araujo

Faculdade de Direito da UERJ
Departamento de Direito do Estado
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
KZS pela Ruprecht-Karls Universität de Heidelberg
Faculdade de Direito da UERJ
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1584-5340>
E-mail: vsaraujo19@gmail.com

Márcio Bellora Saraceni

Mestrando em Direito Público (UERJ). *Master of Laws* (LL.M) pela Erasmus Universiteit Rotterdam (Países Baixos). Pós-graduado em Infraestrutura e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ). Advogado.
UERJ
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1584-5340>
E-mail: mbsaraceni@hotmail.com

