

## O paternalismo libertário não é uma contradição em termos\*

Cass S. SUNSTEIN\*\* e Richard H. THALER\*\*\*

### Introdução

Considerem-se dois estudos sobre os comportamentos de poupança:

1. Com o interesse em aumentar a poupança dos trabalhadores, diversos empregadores adotaram uma estratégia simples. Em vez de pedir para que os trabalhadores se inscrevessem nos planos de aposentadoria 401(k),<sup>1</sup> passou-se a presumir que eles desejavam participar de tais planos e, desta forma, passou-se a inscreve-los automaticamente nos mesmos, a não ser que especificamente se manifestassem em sentido contrário. Esta simples alteração na regra-padrão produziu um incrível aumento no número de inscritos.<sup>2</sup>

2. Em vez de alterar a regra, alguns empregadores ofereceram aos empregados uma alternativa: *destinar uma parte dos futuros aumentos salariais para a poupança*. Os empregados que escolherem esse plano ainda mantêm a possibilidade de retirada a qualquer tempo. Um bom número de empregados concordou em participar do plano e

---

\* O presente artigo corresponde a CASS R. SUNSTEIN and RICHARD H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U Chi L Rev 1159, 1159-86 (2003). A tradução foi realizada por Fernanda COHEN e revista por Renata Vilela Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes. A publicação da tradução e do texto original – neste mesmo número da civilistica.com, na seção “Doutrina estrangeira” – foram gentilmente autorizados pelos autores e pela *University of Chicago Law Review*.

\*\* Karl N. Llewellyn Distinguished Service Professor, Law School and Department of Political Science, University of Chicago.

\*\*\* Robert P. Gwinn Professor of Economics and Behavioral Science, University of Chicago Graduate School of Business.

Agradecemos a Gary Becker, Bryan Caplan, Richard Epstein, Carolyn Frantz, Daniel Gilbert, Robert Hahn, J.B. Heaton, Christine Jolls, Howard Kunreuther, Owen Lamont, Brigitte Madrian, Jane Mansbridge, Eric Posner, Richard Posner, Matthew Rabin, e David Strauss pelos valiosos comentários em uma minuta anterior. Somos gratos também a Caryn Campbell pela excelente assistência em pesquisa e aos participantes em seminários na *John F. Kennedy School of Government* na *Harvard University*, na *Wharton School of the University of Pennsylvania* e a trabalhos em andamento em almoços na *University of Chicago Law School*. Por fim, agradecemos ainda aos debatedores em painel, no qual versão preliminar deste artigo foi apresentada nos encontros da *American Economic Association* de 2003.

<sup>1</sup> N.T.: Espécie de plano de aposentadoria patrocinado parcialmente pelo empregador.

<sup>2</sup> Ver JAMES J. CHOI et al., *Defined Contribution Pensions: Plan Rules, Participant Decisions, and the Path of Least Resistance*, In. JAMES M. POTERBA, ed., *16 Tax Policy and the Economy* 67,70 (MIT2002). BRIGITTE C. MADRIAN e DENNIS F. SHEA, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(k). Participation and Savings Behavior*, 116 Q J Econ 1149, 1149-50 (2001).

apenas poucos decidiram se retirar. O resultado foi a produção de um aumento significativo nas taxas de poupança.<sup>3</sup>

Os libertários exaltam a liberdade de escolha, e por isso deploram o paternalismo.<sup>4</sup> Os paternalistas são vistos como céticos sobre a liberdade irrestrita de escolha e deploram o libertarianismo.<sup>5</sup> De acordo com a crença popular, libertários jamais poderiam adotar o paternalismo. A ideia de um paternalismo libertário parece uma contradição terminológica.

Generalizando a partir dos dois estudos que acabamos de descrever, temos a intenção de questionar aqui essa crença popular. Elaboramos uma forma de paternalismo, libertário em espírito, que deve parecer aceitável para aqueles que estão firmemente comprometidos com a liberdade de escolha por razões de autonomia assim como de bem-estar.<sup>6</sup> Na verdade, nós insistimos que o paternalismo libertário fornece uma base, tanto para compreender, como para repensar várias áreas do direito contemporâneo, incluindo os aspectos que concernem o bem-estar dos trabalhadores, a proteção dos consumidores e da família.<sup>7</sup> No processo de defendermos estas afirmações, pretendemos fazer algumas objeções a crenças amplamente difundidas sobre a liberdade de escolha e o paternalismo.<sup>8</sup> Nossa ênfase está no fato de que, em muitos casos, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou ordenadas. O que escolhem é fortemente influenciado por detalhes do contexto no qual fazem determinada escolha, como por exemplo, as regras padronizadas, os efeitos da

---

<sup>3</sup> Ver RICHARD H. THALER e SHLOMO BENARTZI, *Save More Tomorrow: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving*, J Polit Econ (forthcoming), disponível em <http://gsbwww.uchicago.edu/fac/richard.thaler/research/SMarT14.pdf> (acesso em 10 de maio de 2003) [ora em <https://faculty.chicagobooth.edu/Richard.Thaler/research/pdf/SMarTJPE.pdf>].

<sup>4</sup> Ver, por exemplo, DAVID BOAZ, *Libertarianism: A Primer* 16-19 (Free Press 1997).

<sup>5</sup> Ver, por exemplo, ROBERT E. GOODIN, *Permissible Paternalism: In Defense of the Nanny State*, 1 *Responsive Community* 42, 44 (Summer 1991) (justificando o paternalismo tradicional pelo fato de que “agentes do governo podem respeitar mais suas preferências do que a pessoa poderia fazer através de suas próprias ações”).

<sup>6</sup> Um trabalho similar, mais curto, direcionado a uma audiência de economistas, sem lidar com o aspecto jurídico, investiga algumas das questões aqui exploradas. Ver RICHARD H. THALER e CASS R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, 93 *Am Econ Rev* 1975 (Maio de 2003).

<sup>7</sup> Nossa defesa do paternalismo libertário está próxima dos argumentos a favor do “paternalismo assimétrico”, discutido de forma esclarecedora em COLIN CAMERER *et. al.*, *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”* 151 *U Pa L Rev* 1211 (2003). CAMERER *et al.* insistem que os governos deveriam adotar uma forma moderada de paternalismo – uma forma que busque ajudar aqueles que cometem erros, impondo ônus mínimos aos outros que são plenamente racionais. *Id.* in 1212. Nosso trabalho, escrito paralelamente, possui motivações similares, apesar de o paternalismo libertário poder ou não ser assimétrico no sentido identificado por CAMERER e seus coautores.

<sup>8</sup> Ver, por exemplo, DENNIS THOMPSON, *Political Ethics and Public Office* 154-5 (Harvard 1987), que lista três critérios para que o paternalismo se justifique: o discernimento do sujeito estar prejudicado, as intervenções serem temporárias e reversíveis, e a intervenção prevenir um prejuízo grave e irreversível. Pensamos que esses são pontos sensatos, mas que negligenciam os efeitos inevitáveis das regras padronizadas, pontos de partida e efeitos contextuais nas escolhas.

contextualização (ou seja, a formulação semântica das opções) e os pontos de partida.<sup>9</sup> Essas influências contextuais tornam obscuro o próprio significado do termo “preferências”.

Consideremos a decisão sobre a submissão a um procedimento médico arriscado. Quando se diz às pessoas que “daqueles que sofrem esse procedimento, 90% estão vivos após cinco anos”, elas ficam muito mais propensas a concordar em se submeterem do que quando lhes é dito: “daqueles que sofrem esse procedimento, 10% estão mortos depois de cinco anos”.<sup>10</sup> Quais são, então, as “preferências” do paciente com relação ao procedimento? Pode-se esperar que a experiência resolva este problema, mas os médicos também são vulneráveis a esse efeito contextual.<sup>11</sup> Ou retornando à questão das poupanças para a aposentadoria. Ficou claro que, se um empregador exigir que os funcionários façam uma escolha afirmativa em favor da poupança, sendo a regra geral a de dedicar 100% dos salários aos gastos atuais, o nível de poupança será muito menor do que se o empregador adotar um programa de inscrição automática, do qual os funcionários estarão autorizados a se retirarem livremente.<sup>12</sup> Será que é possível afirmar que os trabalhadores tenham preferências bem definidas sobre o quanto desejam poupar? Esse exemplo simples pode ser estendido a muitas situações que envolvem o comportamento dos trabalhadores e dos consumidores.

Como o problema das poupanças ilustra, a forma de apresentação das regras jurídicas e organizacionais tem um poder de influência surpreendentemente forte sobre as escolhas feitas pelas pessoas afetadas. Nós acreditamos fortemente que essas regras devem ser escolhidas com o objetivo explícito de melhorar o bem-estar das pessoas afetadas por elas. O aspecto libertário de nossas estratégias reside na insistência séria de que, em geral, as pessoas devem ser livres para optar por se retirarem das situações especificadas, se escolherem por fazê-lo. Utilizando expressão emprestada, os paternalistas libertários consideram que as pessoas devem ser “livres para escolher”.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> N.T.: No original: *default rules, framing effects e starting points*.

<sup>10</sup> Ver DONALD A. REDELMEIER, PAUL ROZIN e DANIEL KAHNEMAN, *Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives*, 270 *JAMA* 72, 73 (1993).

<sup>11</sup> Ver Id. (“O efeito contextual foi tão influente nos médicos quanto nos leigos”).

<sup>12</sup> Ver a nota 3 e o texto indicado.

<sup>13</sup> Ver MILTON FRIEDMAN e ROSE FRIEDMAN, *Free to Choose; A Personal Statement* (Harcourt Brace Jovanovich 1980). Para se ter certeza, seria possível imaginar uma melhor compreensão do libertarianismo, uma que busque minimizar as influências na liberdade de escolha, ou maximize a liberdade de escolha desembaraçada. Sugerimos abaixo que frequentemente é impossível evitar influências na liberdade de escolha. Também oferecemos motivos para crer que ter mais opções nem sempre é melhor que ter menos. Uma política que requeira ações positivas, demonstraremos, promove sim uma forma de escolha, mas também possui problemas próprios. Esperamos não discutir com os libertários aqui,

Desta forma, nós não pretendemos defender qualquer abordagem que impeça as escolhas individuais.

O aspecto paternalista consiste na afirmação de que é legítimo que as instituições privadas e públicas tentem influenciar o comportamento das pessoas, mesmo quando não haja efeitos para terceiros. Em outras palavras, nós argumentamos em prol de um esforço autoconsciente, por parte de instituições públicas e privadas, para guiar as escolhas das pessoas em direções que irão melhorar o seu próprio bem-estar. Em nosso entendimento, uma política conta como “paternalista”, portanto, se tentar influenciar as escolhas das partes afetadas de forma que vise melhorar a situação dos optantes.<sup>14</sup> Elaborando sobre alguns resultados bem estabelecidos na economia comportamental e na psicologia cognitiva, enfatizamos a possibilidade de que, em alguns casos, os indivíduos tomem decisões piores em termos de seu próprio bem-estar — decisões que eles mudariam se tivessem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas, e força de vontade.<sup>15</sup> Na verdade, a noção de paternalismo libertário pode ser complementada pela de *benevolência libertária*, por meio da qual as regras padronizadas, os efeitos contextuais e os pontos de partida serão direcionados ao melhor interesse dos terceiros vulneráveis. Devemos dedicar alguns argumentos a essa possibilidade.

O paternalismo libertário é um tipo relativamente fraco e não invasivo de paternalismo, porque as escolhas não são impedidas ou vedadas. Em suas formas mais cautelosas, o paternalismo libertário impõe ônus insignificantes sobre aqueles que desejam afastar-se da opção eleita pelo planejador. Mas a abordagem que recomendamos, no entanto, conta como paternalista, porque os planejadores públicos e privados<sup>16</sup> não estarão tentando antecipar as escolhas das pessoas, mas estarão conscientemente tentando direcionar as pessoas a opções que irão promover seu bem-estar. Alguns libertários provavelmente terão pouco ou nenhum problema com nosso endosso do paternalismo para instituições privadas; sua objeção principal será com relação a leis e governos

---

simplesmente porque nossa abordagem permite que as pessoas escolham se retirar das opções especificadas.

<sup>14</sup> Para uma definição similar, ver DONALD VANDEVEER, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence* 22 (Princeton 1986).

<sup>15</sup> Racionalidade e autocontrole limitados são descritos em CHRISTINE JOLLS, CASS R. SUNSTEIN e RICHARD THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stan L Rev.* 1471, 1477-79 (1998).

<sup>16</sup> Quando utilizamos o termo “planejador” neste artigo, queremos dizer quaisquer pessoas que encarem a tarefa de determinar posturas institucionais tais como regras, procedimentos, material informativo e afins. Uma empresa grande provavelmente terá muitos empregados funcionando como “planejadores”, nesse sentido, desde o gerente de recursos humanos que escolhe as opções oferecidas de seguro de saúde até o presidente que decide se oferecerá o complemento (*match*) dos planos 401(k) em ações da própria empresa. Para a maioria dos nossos exemplos, planejadores não são agentes governamentais, embora os argumentos também se apliquem a estes.

paternalistas. Mas, como demonstraremos, os mesmos pontos que suportam a promoção do paternalismo para criação do bem-estar privado aplicam-se também ao governo. Sucede que um dos nossos principais alvos é a dogmática antipaternalista de numerosos estudiosos do direito, inclusive muitos economistas e advogados focados em economia.<sup>17</sup> Acreditamos que este dogmatismo se baseia numa combinação entre uma presunção falsa e em duas concepções incorretas.<sup>18</sup>

A presunção falsa é a de que quase todas as pessoas, quase o tempo todo, fazem escolhas que estão em seu melhor interesse, ou, pelo menos, são melhores do seu ponto de vista, do que as escolhas que seriam feitas por terceiros. Esta afirmação ou é tautológica e, portanto, inútil, ou é testável. Afirmamos que é testável e falsa, de fato, obviamente falsa. Na verdade, nós não achamos que alguém possa acreditar nisso após refletir seriamente. Suponhamos que um novato fosse jogar xadrez contra um jogador experiente. Previsivelmente o novato perderia, justamente porque fez escolhas inferiores – escolhas que poderiam facilmente ser melhoradas com algumas dicas úteis. Em termos mais gerais, quão bem as pessoas escolhem é uma questão empírica, uma cuja resposta é passível de variar dependendo da área.<sup>19</sup> Como uma primeira aproximação, parece razoável dizer que as pessoas fazem escolhas melhores em contextos nos quais elas têm experiência e são bem informadas (digamos, escolhendo seu sabor preferido de sorvete), que em contextos em que elas são inexperientes e ignorantes (digamos, escolhendo entre tratamentos médicos ou melhores opções de investimento). Enquanto as pessoas não estiverem escolhendo perfeitamente, é, ao

<sup>17</sup> Ver, por exemplo, RICHARD A. EPSTEIN, *In Defense of the Contract At Will*, 51 *U Chi L Rev* 947 (1984).

<sup>18</sup> Para uma reclamação similar à nossa, ver TED O'DONOGHUE e MATTHEW RABIN, *Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes*, 93 *Am. Econ. Rev.* 186 (maio de 2003): “Ao tratar expressamente de quando as pessoas atuam ou não em seu melhor interesses, economistas poderão contribuir melhor a debates sobre políticas. Para contribuírem em debates sobre regulamentação de decisões financeiras privadas, devemos estudar se tais decisões financeiras se baseiam em motivações estatísticas falaciosas e se os problemas de autocontrole levam as pessoas a tomarem pesados empréstimos: para contribuírem em debates sobre o fumo na adolescência, devemos estudar se os adolescentes se tornam fumantes contrariamente ao seu melhor interesse futuro. Os economistas serão ignorados se continuarmos a insistir que é axiomático que a compra-e-venda constante de ações ou o acúmulo de dívidas de consumo ou a criação de um vício em heroína devem ser considerados resultados positivos para as pessoas que praticam esses atos somente porque escolheram fazê-lo.

<sup>19</sup> Em algumas áreas, é claro, será difícil alcançar conclusões incontrovertidas com base em estudos empíricos puros, porque julgamentos de valor controversos estão no pano de fundo. Será que as pessoas escolhem bem se casam cedo, ou será que escolhem melhor se morarem juntos por um longo tempo antes de casarem? Será que é uma boa escolha para mulheres jovens e solteiras fazerem um aborto? Questões práticas são altamente relevantes aqui, mas elas dificilmente resolverão todas as discordâncias sociais sobre essas questões. Não estamos tentando afirmar nada controverso sobre o bem-estar neste momento, ou tomar partido em discussões sobre como compreender o termo. Para essas discussões, ver AMARTYA SEN, *Development As Freedom* 74-76 (Knopf 1999) (considerando que o bem-estar deveria ser visto em termos de liberdades substantivas de as pessoas escolherem uma vida que têm motivo para valorizar); DANIEL KAHNEMAN, ED DIENER e NORBERT SCHWARZ, *Preface* em DANIEL KAHNEMAN, ED DIENER e NORBERT SCHWARZ eds, *Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology* ix, xi-xii (Russel Sage 1999) (pugnando por uma visão do bem-estar humano que se estenda além dos indicadores econômicos tradicionais e inclua “bens desejáveis como o amor, os desafios mentais e o *stress*”).

menos possível, acreditar que algumas políticas possam melhorar sua situação por meio do melhoramento de suas decisões.

A primeira concepção errada é a de que existem alternativas viáveis ao paternalismo. Em muitas situações, uma organização ou agente *precisará* fazer uma escolha que afetarão o comportamento de outras pessoas. Ou seja, nessas situações, não há alternativa a algum tipo de paternalismo – pelo menos sob a forma de alguma intervenção que afete como as pessoas escolhem. Estamos enfatizando, então, a possibilidade de que as preferências das pessoas, em determinadas áreas e, até certo ponto, não são anteriores às escolhas feitas pelos planejadores.<sup>20</sup> O argumento aplica-se tanto aos agentes públicos quanto aos privados, e, portanto, a aqueles que criam as leis a aqueles que atendem aos consumidores. Como um simples exemplo, considere a cafeteria de alguma empresa. A cafeteria precisa tomar uma infinidade de decisões, incluindo quais alimentos servir, quais ingredientes usar e em que ordem organizar as opções. Suponha que a diretora da cafeteria perceba que seus clientes têm uma tendência a escolher mais os itens que são apresentados no início da fila. Como deve a diretora decidir em que ordem apresentá-los? Para simplificar, considere algumas estratégias alternativas que a diretora poderia adotar para decidir quais itens “exibir” no início da linha:

1. Ela poderia fazer escolhas que acredita serem as melhores para os clientes, feitas todas as considerações.
2. Ela poderia fazer escolhas de forma aleatória.
3. Ela poderia escolher os itens que ela considera que deixariam os clientes tão obesos quanto possível.
4. Ela poderia dar aos consumidores o que acha que eles iriam escolher por conta própria.

A opção 1 parece ser paternalista, mas será que alguém defenderia as opções 2 ou 3? A opção 4 é a que os antipaternalistas prefeririam, mas é muito mais difícil de programar do que pode parecer. Dentro de certo escopo de possibilidades, os

---

<sup>20</sup> Para opiniões neste sentido, ver RUSSELL KOROBKIN, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 *Cornell L Rev.* 608, 675 (1998) (afirmando que “a presunção de preferências exógenas, implícitas em todas as teorias de direito-e-economia, de seleção eficiente de regras padronizadas contratuais, é provavelmente falsa”); CASS R. SUNSTEIN, *Endogenous Preferences*, *Environmental Law*, 22 *J. Leg Stud* 217,224 (1993) (argumentando que as demandas por regulamentação ambiental são afetadas pela original alocação de direitos pelos planejadores governamentais). Qualificações importantes vêm de ROBERT C. ELLICKSON, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Harvard 1991) (discutindo configurações nas quais as pessoas organizam seus negócios sem fazer referência ao direito). Mas mesmo com essas qualificações, não há objeção ao paternalismo libertário; nos contextos explorados por Ellickson, a regra padrão é irrelevante, não prejudicial.

consumidores muitas vezes não têm preferências bem definidas, no sentido de preferências que seriam firmemente mantidas e que preexistam às próprias escolhas da diretora sobre como organizar os itens relevantes. Se a ordem das alternativas possui um efeito significativo sobre as seleções dos clientes, então as suas verdadeiras “preferências” não existem formalmente.

É claro que as pressões de mercado vão impor alguma disciplina nas escolhas de autopreservação dos diretores de cafeterias que possuam competição. Nessa medida, esses diretores deverão, de fato, proporcionar às pessoas opções que elas possam querer comprar. É improvável que a cafeteria que possui concorrência e oferece comida saudável, mas com o gosto ruim, se saia bem. Libertários mais focados em mercado podem argumentar que a cafeteria deve focar em maximizar seus lucros, escolhendo cardápios que aumentem o lucro líquido. Mas a maximização do lucro não é um objetivo apropriado para cafeterias que possuam certo grau de monopólio — por exemplo, aquelas em colégios, dormitórios ou algumas empresas. Além disso, mesmo as cafeterias que possuam concorrentes perceberão que, boa parte do tempo, o sucesso no mercado não virá da identificação de preferências prévias das pessoas, mas do fornecimento de produtos e serviços que acabem, na prática, promovendo o seu bem-estar, feitas todas as considerações. Os consumidores podem se surpreender com do que eles acabam gostando; de fato, suas preferências podem mudar como resultado do consumo.<sup>21</sup> E, em alguns casos, a disciplina imposta por pressões do mercado vai conferir à diretora um grande espaço de manobra, porque as preferências das pessoas não estão bem-formadas com relação aos pontos relevantes.

Enquanto alguns libertários aceitarão esse argumento para instituições privadas com todo o prazer, sua objeção será contra os esforços do governo para reduzir a escolha em nome do bem-estar. O ceticismo sobre o governo pode ser baseado no fato de que eles são pouco, ou talvez nada, disciplinados por pressões de mercado. Ou tal ceticismo pode ser baseado no medo de que interesses paroquiais possam conduzir os planejadores governamentais em suas próprias direções preferenciais (o problema da escolha pública).<sup>22</sup> Concordamos que no caso do governo, os riscos de erro e extrapolação de limites são reais e, por vezes, graves. Mas os governos, não menos do que as cafeterias (as quais os governos frequentemente administram), têm de fornecer pontos de partida para a escolha de uma opção ou de outra; isto é inevitável. Como

---

<sup>21</sup> Ver em geral GARY S. BECKER, *Accounting for Tastes* (Harvard 1996).

<sup>22</sup> Para uma clássica ilustração, ver BRUCE A. ACKERMAN e WILLIAM T. HASSLER, *Clean Coal/Dirty Air: Or How the Clean Air Act Became a Multibillion-Dollar Bail-Out for High-Sulfur Coal Producers and What Should Be Done about It* (Yale 1981).

iremos enfatizar, eles fazem isso todos os dias através das regras contratuais e de danos de uma forma que inevitavelmente afeta algumas preferências e escolhas.<sup>23</sup> A este respeito, a posição antipaternalista é inútil — uma verdadeira queimada de largada.<sup>24</sup>

A segunda concepção errada é a de que o paternalismo sempre envolve coerção. Como ilustra o exemplo da cafeteria, a escolha da ordem de apresentação dos itens alimentícios não coage ninguém a fazer nada, mas pode fazer alguém preferir um pedido a outro por motivos que são paternalistas no sentido em que entendemos o termo. Será que alguém se oporia a colocar as frutas e saladas antes das sobremesas em uma cafeteria de escola primária se o resultado fosse aumentar o consumo de maçãs em relação ao de *Twinkies*?<sup>25</sup> Será que esta pergunta é fundamentalmente diferente se os clientes forem adultos? Uma vez que nenhuma coerção está envolvida, pensamos que alguns tipos de paternalismo podem ser aceitáveis até mesmo para o libertário mais fervoroso. No importante escopo do comportamento de poupança, vamos oferecer uma série de exemplos. Para aqueles antilibertários que desconfiam da liberdade de escolha e, ao invés, dão preferência ao bem-estar, nós insistimos que, muitas vezes, é possível que os planejadores paternalistas ajam no mesmo sentido que seus adversários libertários agiriam por meio da adoção de políticas que prometam promover o bem-estar, mas que também abram espaço para a liberdade de escolha. No caso de planejadores confiantes, consideramos que os riscos de planos confusos ou imotivados são reduzidos, se as pessoas tiverem a oportunidade de se retirar das opções preferenciais do planejador.

O ponto central de nossa argumentação é que o termo “paternalista” não deve ser considerado pejorativo, apenas descritivo. Uma vez que se compreenda que a tomada de algumas decisões organizacionais é inevitável, que alguma forma de paternalismo não pode ser evitada e que as alternativas ao paternalismo (tais como dar opções que deixem a pessoa em situação pior) são pouco atraentes, podemos abandonar a questão menos interessante de se se trata ou não de paternalismo, e focar na questão mais construtiva de como selecionar a melhor dentre as opções passíveis de influenciar a escolha. Para este fim, fazemos duas sugestões gerais sobre como pensar esses problemas. Em primeiro lugar, os programas devem ser concebidos através de um tipo de análise de bem-estar, em que seja feita uma tentativa séria de medir os custos e benefícios dos possíveis resultados (em vez de se apoiar em estimativas sobre qual

---

<sup>23</sup> Ver KOROBKIN, 83 *Cornell L Rev* at 611 (citado na nota 21) (sugerindo que “quando os legisladores selecionam um termo de contrato como padrão, as preferências substanciais das partes contratantes mudam –tal termo se torna mais desejável, e outros termos concorrentes tornam-se menos desejáveis”).

<sup>24</sup> N.T.: Do original, “a *literal nonstarter*”.

<sup>25</sup> N.T.: Bolinho recheado industrializado muito comum em merendas escolares nos Estados Unidos.



custo máximo se estaria disposto a suportar). Aqueles que vão fazer as escolhas devem receber mais opções em que os benefícios excedam os custos de bem-estar. Em segundo lugar, alguns resultados do estudo da psicologia da tomada de decisões devem ser usados para fornecer diretrizes apriorísticas que apoiem decisões razoáveis sobre quando os consumidores e trabalhadores poderão se beneficiar do grande número de opções. Nós sugerimos que aqueles que são geralmente inclinados a se opor ao paternalismo deveriam considerar incontroversas essas hipóteses.

O restante deste artigo é organizado da seguinte forma: na parte I, brevemente explicamos a afirmação de que as escolhas das pessoas podem não promover o seu próprio bem-estar. A parte II, de certa forma o coração conceitual do artigo, questiona se alguma forma de paternalismo seria inevitável. Sugerimos que, por causa dos prováveis efeitos das regras padronizadas, efeitos contextuais e pontos de partida sobre as escolhas e preferências, o paternalismo, pelo menos em um sentido amplo, é inevitável. Para terem certeza, os planejadores podem tentar evitar o paternalismo exigindo que as pessoas façam escolhas, mas às vezes elas vão oferecer resistência a tal exigência (que é uma dimensão paternalista também, simplesmente porque as pessoas, às vezes, não querem escolher). A parte III investiga como um paternalista libertário pode escolher entre as principais opções, incluindo o paternalismo mínimo, escolhas ativas forçadas, entraves procedimentais e restrições substantivas. A parte IV explora uma grande pergunta: quantas opções devem ser oferecidas? Nós identificamos um conjunto de perguntas que devem ser respondidas a fim de sabermos se o bem-estar das pessoas é suscetível de ser promovido ou prejudicado por um grande conjunto de opções. A parte V explora as oposições.

## **I. A racionalidade das escolhas**

A presunção de que as escolhas individuais devem ser respeitadas é geralmente baseada na alegação de que as pessoas fazem um excelente trabalho ao escolherem, ou, pelo menos, que elas fazem um trabalho muito melhor do que terceiros poderiam fazer.<sup>26</sup> Até onde nós podemos dizer, há pouco suporte empírico para esta alegação,

---

<sup>26</sup> É geralmente, mas nem sempre, baseada nessa alegação. Alguns dos argumentos mais comuns contra o paternalismo se baseiam, não em consequências, mas na autonomia – na crença de que as pessoas têm o direito de tomar as próprias decisões, mesmo que elas errem. Assim, JOHN STUART MILL, *On Liberty* (1859), reimpresso em *Utilitarianism On Liberty, Considerations on Representative Government* 69 (H.B. Acton ed), é um conjunto de afirmações consequencialistas e baseadas na autonomia. Nossa preocupação principal é com o bem-estar e com as consequências, apesar de que, como sugerimos abaixo, a liberdade de escolha é, as vezes, um ingrediente para o bem-estar. Nós não discordamos da visão de que a autonomia tem méritos próprios, mas acreditamos que seria fanatismo, nas configurações em que discutimos, tratar a autonomia, na forma da liberdade de escolha, como uma forma de trunfo, impassível de ser substituída

pelo menos nessa forma genérica. Considere-se a questão da obesidade. As taxas de obesidade nos Estados Unidos estão se aproximando de 20%, e mais de 60% dos americanos são considerados obesos ou acima do peso.<sup>27</sup> Há provas contundentes de que a obesidade provoca sérios riscos à saúde, muitas vezes levando à morte prematura.<sup>28</sup> É bastante fantasioso sugerir que todas as pessoas estejam escolhendo uma dieta ideal, ou uma dieta que é preferível à que poderia ser feita com a interferência de terceiros. Claro que as pessoas racionais se preocupam com o sabor dos alimentos, e não simplesmente se são saudáveis e não estamos sugerindo que todas as pessoas com sobrepeso estão necessariamente agindo de forma irracional. É a forte alegação de que todos, ou quase todos os americanos estão escolhendo suas dietas da forma *mais positiva* que estamos rejeitando como insustentável. O que é verdade para dietas também é verdadeiro para muito outros comportamentos relacionados com a criação de risco, incluindo fumar e beber, que produzem mais de 500.000 mortes prematuras por ano.<sup>29</sup> Nestas circunstâncias, as escolhas das pessoas não podem ser razoavelmente consideradas, em todas as hipóteses, como promotoras de seu máximo bem-estar. Decerto, muitos fumantes, alcoólatras e compulsivos alimentares estariam dispostos a pagar para que um terceiro os auxilie a tomar melhores decisões.

---

independente das consequências. De qualquer forma, o argumento da autonomia é enfraquecido pelo fato discutido na parte I, de que, às vezes, preferências e escolhas são um produto de dadas conjunturas. Mais importante, pensamos que o respeito à autonomia é adequadamente acomodado pelo aspecto libertário do paternalismo libertário, conforme discutido abaixo.

Notamos também que a complexa relação entre preferências, escolhas e autonomia é um grande tema na tradição liberal. Ver DON HERZOG, *Happy Slaves: A Critique of Consent Theory* 229 (Chicago 1989) (questionando a teoria do consentimento com base no fato de que algumas pessoas são incapazes de fazer escolhas, ou que os papéis sociais preexistentes ocupados não lhes oferece escolhas verdadeiras); JON ELSTER, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality* 109 (Cambridge 1983) (discutindo a adaptação das preferências às oportunidades existentes). As vezes é enfatizado que preferências e escolhas são um produto de históricos de condições injustas, colocando em risco a autonomia, e que quando as escolhas são de fato um produto desse histórico, respeita-las não promove a autonomia. Ver AMARTYA SEN, *Commodities and Capabilities* (North-Holland 1985). Nossa discussão não entra nesses méritos, mas há uma clara conexão entre tais argumentos, e as afirmações sobre as “preferências adaptativas”, ver Elster, *Sour Grapes* p. 109-10, e nossa ênfase no *status quo* tendencioso e no efeito dotação na parte II abaixo.

<sup>27</sup> Vero s dados disponibilizados pelo *Center for Disease Control* (Centro de Controle de Doenças), disponível em [http://www.cdc.gov/nccdphp/dnpa/obesity/trend/prev\\_char.htm](http://www.cdc.gov/nccdphp/dnpa/obesity/trend/prev_char.htm) (acesso em 10 de maio de 2003) Isso representa um aumento de 61% nas taxas de obesidade entre 1991 e 2000; 38.8 milhões dos americanos são considerados obesos. Ver id. Ver também ALI H. MOKDAD, et al, *The Continuing Epidemics of Obesity and Diabetes in the United States*, 286 JAMA 1195 (2001).

<sup>28</sup> Ver, por exemplo, EUGENIA E. CALLE et al. *Body-mass Index and Mortality in a Prospective Cohort of U.S. adults*, *New Eng J Med* 1097 (1999) (discutindo o aumento do risco de vida proveniente de todas as causas dentre os obesos). Ver também do *National Institute of Diabetes & Digestive & Kidney Diseases* (Instituto Nacional de Diabetes e Doenças Digestivas e Renais), *Understanding Adult Obesity*, NIH Pub No 01-3680 (Outubro de 2001), disponível em <http://www.niddk.nih.gov/health/nutrit/pubs/unders.htm> #Healthrisks (acesso em 10 de maio de 2003), (apontando as ligações entre obesidade e câncer, diabetes, doenças cardíacas, pressão alta e enfartes).

<sup>29</sup> Ver CASS R. SUNSTEIN, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment* 8-9 (Cambridge 2002), baseado em J. MICHAEL MCGINNIS e WILLIAM H. FOEGE, *Actual Causes of Death in the United States*, 270 JAMA 2207 (1993). Para uma discussão interessante, ver JONATHAN GRUBER, *Smoking's 'Internalities'*, 25 Regulation 52, 54-55 (Inverno de 2002/2003) (encontrando uma desconexão entre a vontade de satisfação a curto prazo dos fumantes e seu desejo a longo prazo de boa saúde, e sugerindo que a taxaço sobre os cigarros pode auxiliar os fumantes a exercitarem o autocontrole necessário para agir em prol dos seus interesses a longo prazo).

Em um nível mais científico, pesquisas conduzidas por psicólogos e economistas nas últimas três décadas levantaram questões sobre a racionalidade de muitos juízos e decisões que os indivíduos tomam e fazem. As pessoas não conseguem fazer previsões consistentes com a regra de Bayes,<sup>30</sup> usam heurísticas que as fazem cometer tolices sistemáticas,<sup>31</sup> exibem inversões em suas preferências (ou seja, preferem A a B e B a A ao mesmo tempo),<sup>32</sup> sofrem de problemas de autocontrole<sup>33</sup> e fazem escolhas diferentes dependendo do enquadramento dado ao problema.<sup>34</sup> É possível levantar questionamentos sobre alguns desses resultados e pensar que as pessoas podem escolher melhor no mundo real do que em laboratório.<sup>35</sup> Mas os estudos de escolhas reais revelam muitos dos mesmos problemas, mesmo quando os riscos são altos.<sup>36</sup>

Não temos a intenção de delinear aqui todas as evidências relevantes, mas consideremos uma ilustração a partir do escopo do comportamento de poupança. Benartzi e Thaler investigaram o quanto os investidores concordam com os portfólios

---

<sup>30</sup> Ver DAVID M. GREYER, *Bayes Rule as a Descriptive Model: The Representativeness Heuristic*, 95 *Q J Econ* 537 (1980). A regra de Bayes explica como mudar crenças existentes quanto à probabilidade de uma hipótese particular a luz de novas evidências. Ver JONATHAN BARON, *Thinking and Deciding* 109-15 (Cambridge 3rd ed 2000) (dando uma explicação matemática e exemplos da aplicação da regra).

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, DANIEL KAHNEMAN e SHANE FREDERICK, *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment*, In THOMAS GILOVICH, DALE GRIFFIN e DANIEL KAHNEMAN, eds, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment* 49, 53 (Cambridge 2002); AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 *Science* 1124 (1974); AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 5 *Cognitive Psych* 207 (1973).

<sup>32</sup> Ver RICHARD H. THALER, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life* 79-91 (Free Press 1992); no context jurídico, ver CASS R. SUNSTEIN et al, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 *Stan L Rev.* 1153 (2002).

<sup>33</sup> Ver SHANE FREDERICK, GEORGE LOEWENSTEIN e TED O'DONOGHUE, *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, 40 *J Econ Lit* 351, 367-68 (2002).

<sup>34</sup> Ver COLIN F. CAMERER, *Prospect Theory in the Wild: Evidence from the Field*, In DANIEL KAHNEMAN e AMOS TVERSKY, eds, *Choices, Values, and Frames* 288, 294-95 (Cambridge 2000); ERIC J. JOHNSON, et al, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, in id at 224, 238.

<sup>35</sup> Para algumas evidências a favor da soberania do consumidor, ver JOEL WALDFOGEL, *Does Consumer Irrationality Trump Consumer Sovereignty?: Evidence from Gifts and Own Purchases* (Fev 2003) disponível em <http://papers.ssrn.com/abstractid=337261> (acesso em 10 de maio de 2003). Waldfogel percebe que as pessoas valorizam suas próprias compras mais que presentes de terceiros – uma descoberta que, nessa visão, oferece suporte para a ideia de que os consumidores são os melhores julgadores de quais bens poderão promover seu bem-estar. Não duvidamos dessa descoberta. Perceba-se, no entanto, que Waldfogel está estudando o contexto de compras ordinárias por consumidores, nas quais as pessoas estão em posição especialmente privilegiada para saber o que eles mesmos gostam. Estamos focando em situações muito menos familiares, que apresentam desafios especiais.

<sup>36</sup> Para evidências de que heurísticas e preconceitos estão presentes no mundo real, mesmo quando dinheiro está envolvido, ver WERNER F. M. DE BONDT e RICHARD H. THALER, *Do Security Analysts Overreact?* 80 *American Economic Review* 52 (1990) (demonstrando que os analistas de seguridade exacerbam dados mercadológicos e produzem previsões que são ou demasiadamente otimistas ou excessivamente pessimistas); ROBERT J. SHILLER, *Irrational Exuberance* 136-147 (Princeton 2000) (discutindo âncoras e excesso de confiança em comportamentos mercadológicos); COLIN F. CAMERER e ROBIN HOGARTH, *The Effects of Financial Incentives in Experiments A Review and Capital-Labor-Production Framework*, 19 *J Risk & Uncertainty* 7 (1999), (concluindo que incentivos financeiros nunca eliminaram anormalidades ou irracionalidades persistentes). Ver também COLIN F. CAMERER, *Behavioral Game Theory* 60-62 (Princeton 2003), (encontrando pequenos efeitos de apostas elevadas em jogos de ultimato (*ultimatum games*) organizados para testar a hipótese de que as pessoas são egoístas e completando que: “Se eu ganhasse um dólar para cada vez que um economista alegou que aumentar as apostas levaria a um comportamento de ultimato egoísta, eu teria um jatinho ao meu dispor o dia todo”).

que selecionaram para investir suas economias nos planos de contribuição definida.<sup>37</sup> Alguns funcionários se ofereceram para compartilhar suas escolhas de portfólio com os investigadores ao trazerem uma cópia de sua declaração mais recente para o laboratório. Então foram apresentadas a eles as prováveis distribuições valor de aposentadoria que poderiam ser esperadas por meio de três portfólios de investimento simplesmente rotulados A, B e C. Só que, sem os participantes saberem, os três portfólios eram o seu próprio, e outros imitando as escolhas médias e as medianas de seus colegas de trabalho. As distribuições de retornos esperados foram calculadas utilizando o software da *Financial Engines*, a companhia de informações financeiras fundada por William Sharpe. Em média, os sujeitos avaliaram o portfólio com as escolhas médias da mesma forma que o seu próprio, e julgaram o portfólio mediano como sendo significativamente mais atraente do que o seu próprio.<sup>38</sup> Na verdade, apenas 20% dos sujeitos preferiu o seu próprio portfólio ao portfólio mediano.<sup>39</sup> Aparentemente, as próprias pessoas consideram que não ganham muito ao escolher os portfólios de investimento por si mesmas.

Ou consideremos a disposição das pessoas em tomar precauções. Em geral, a decisão de fazer um seguro para catástrofes naturais é um produto, não de uma investigação sistemática em que se pesam os custos e benefícios, mas de eventos recentes.<sup>40</sup> Se não ocorreram inundações no passado imediato, as pessoas que vivem em planícies de inundação são muito menos propensas a contratar um seguro.<sup>41</sup> Logo após um terremoto, a quantidade de seguros contra terremotos aumenta acentuadamente - mas declina regularmente a partir desse ponto, conforme as memórias mais frescas vão se apagando.<sup>42</sup> Descobertas desse tipo não demonstram necessariamente que as escolhas das pessoas são geralmente ruins ou que terceiros poderiam fazer melhor. Mas demonstram que, uma parte do tempo, as pessoas não escolhem sabiamente, mesmo quando a possibilidade de perdas é muito alta.

---

<sup>37</sup> Ver SHLOMO BENARTZI e RICHARD H. THALER, *How Much is Investor Autonomy Worth?*, 57 J Fin 1593 (2002).

<sup>38</sup> Id. Em 1598

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> Ver PAUL SLOVIC, HOWARD KUNREUTHER e GILBERT F. WHITE, *Decision Processes, Rationality and Adjustment to Natural Hazards* (1974), reimpresso em PAUL SLOVIC, *The Perception of Risk* 1, 14 (Earthscan 2000) (explicando que a disponibilidade heurística “é potencialmente uma das idéias mais importantes para nos ajudar a entender distorções prováveis de ocorrer em nossas percepções de riscos de desastres naturais”). Ver também HOWARD KUNREUTHER, *Mitigating Disaster Losses through Insurance*, 12 J Risk & Uncertainty 171, 174-78 (1996) (explicando porque indivíduos deixam de tomar decisões preventivas com custos razoáveis ou de fazer seguros voluntários contra desastres naturais).

<sup>41</sup> Ver Kunreuther, 12 J Risk & Uncertainty p. 176-77 (citado na nota 41) (concluindo, com base em entrevistas presenciais com proprietários de casas em locais propícios a enchentes, que “a ocorrência de um desastre causador de danos à casa de um proprietário provavelmente produzirá impactos sobre a demanda de seguros”).

<sup>42</sup> Ver também SLOVIC, KUNREUTHER e WHITE, *Decision Processes*, p.14 (citado na nota 41).

É verdade que as pessoas às vezes respondem às suas limitações de conhecimento, por exemplo, contratando corretores ou delegando as decisões a outras pessoas.<sup>43</sup> Também é verdade que se aprendem coisas novas com frequência que permitem que as pessoas superem suas próprias limitações. Mas muitas das decisões mais importantes que as pessoas tomam (por exemplo, a compra de uma casa, a escolha de um cônjuge) são feitas poucas vezes e, normalmente, sem o auxílio de peritos imparciais. As possibilidades de delegação e aprendizagem são insuficientes para garantir que as escolhas das pessoas sempre promovam o seu bem-estar ou que elas sempre façam melhor do que terceiros fariam.

Em qualquer caso, a nossa ênfase aqui não é em impedir as escolhas, mas nas estratégias que podem mover as pessoas na direção da promoção do bem-estar, enquanto que ainda permitindo a liberdade de escolha. Evidências de racionalidade limitada e de problemas de autocontrole são suficientes para sugerir que vale a pena explorar tais estratégias. É claro que muitas pessoas valorizam a liberdade de escolha como um fim em si próprio, mas elas não devem opor-se a abordagens que preservem a liberdade enquanto que prometendo melhorar as vidas das pessoas.<sup>44</sup>

## II. Será o paternalismo inevitável?

Há alguns anos, a lei fiscal foi alterada para que os funcionários pudessem pagar pelo estacionamento oferecido pelo empregador antes da incidência dos tributos.<sup>45</sup> Anteriormente, o mesmo estacionamento deveria de ser pago após os impostos. Nosso empregador, o mesmo de alguns dos nossos proeminentes colegas antipaternalistas, enviou uma comunicação sobre essa mudança na lei e adotou a seguinte política: a menos que o empregado notificasse o departamento financeiro, as deduções para o estacionamento seriam feitas na modalidade pré-fiscal ao invés de depois de abatidos os impostos. Em outras palavras, a Universidade de Chicago decidiu que a opção padronizada seria pagar pelo estacionamento antes dos impostos, mas os funcionários poderiam optar por se retirarem dessa modalidade e pagar após o abatimento dos impostos. Chamemos essa escolha de plano A. Uma alternativa óbvia, plano B, seria a de anunciar a mudança na lei e informar aos empregados que se eles desejassem mudar para o novo plano pré-impostos, deveriam enviar um formulário elegendo esta opção. A

---

<sup>43</sup> Ver CASS R. SUNSTEIN e EDNA ULLMANN-MARGALIT, *Second-Order Decisions*, 110 *Ethics* 5 (1999).

<sup>44</sup> Ver nota 27. Algumas pessoas preferirão as escolhas não influenciadas, e serão contrárias a qualquer esforço de direcionamento das decisões das pessoas. Mas, como a parte II explicita, frequentemente é impossível evitar a influência sobre as escolhas.

<sup>45</sup> Ver 26 USC § 132(f) (2000).

única diferença entre os dois planos é o padrão básico. Sob o plano A, a nova opção é o padrão, enquanto que nos termos do plano B, o *status quo* é o padrão. Vamos nos referir ao primeiro como estratégia de *opt-out* e ao segundo como estratégia de *opt-in*.<sup>46- 47</sup>

Como deveria a universidade escolher entre os sistemas de *opt-in* e *opt-out*? No exemplo específico do estacionamento, pareceria óbvio que todos os funcionários prefeririam pagar pelo estacionamento antes de descontados os impostos, em vez de após os impostos. Já que os valores em questão são substanciais (o estacionamento custa até US\$ 1200 por ano) e o custo do envio de um formulário é ínfimo, teorias básicas de economia determinariam que isso não afetaria a escolha da universidade. Sob qualquer um dos planos, os funcionários poderiam escolher (seja ativamente, seja ativamente, através do plano B, ou com base no padrão, por meio do plano A) a opção antes dos impostos. Na vida real, no entanto, se a universidade tivesse adotado o plano B, nós suspeitamos que muitos funcionários, especialmente os membros do corpo docente (e provavelmente os presentes autores), ainda teriam o formulário perdido em algum lugar de seus escritórios e estariam pagando substancialmente mais pelo estacionamento por causa da modalidade de cobrança após os impostos. Em suma, dependendo do plano padrão haveria grandes efeitos sobre o comportamento. Ao longo do trabalho vamos chamar a atenção para os efeitos dos planos-padrão nas escolhas. Muitas vezes, esses planos terão relevante efeito nas escolhas.<sup>48</sup>

## A. Poupança e empregados

1. Dados e regras padronizadas. Nossa conjectura é apoiada pelo resultado de inúmeras experiências que documentam um *status quo* tendencioso.<sup>49</sup> O regime em vigor, seja estabelecido por instituições privadas ou pelo governo, muitas vezes é sadio. Uma ilustração desse fenômeno vem de estudos sobre a inscrição automática em planos de

<sup>46</sup> Claro que o que conta como *opt-out* e o que conta como *opt-in* depende da opção padrão.

<sup>47</sup> N.T.: Os termos *opt-out* e *opt-in* são muito importantes para o presente artigo e são utilizados também no Brasil. No modelo do *opt-in*, é preciso que a pessoa se inscreva em determinado programa, ou declare que deseja participar daquela situação. Em tradução livre, seria algo como “optar por fazer parte”. Já o modelo *opt-out* é justamente o contrário. A pessoa é inscrita automaticamente no programa, serviço ou situação e, caso deseje, pode “optar por se retirar”. Essa terminologia é hoje muito utilizada nos casos de correio eletrônico e *spam*.

<sup>48</sup> N.T.: Os autores dizem que os planos padronizados serão *remarkably sticky*. Em tradução literal, *sticky* é algo que cola. Os autores afirmam que, na maioria dos casos, os planos padrão vão “colar”, ou seja, uma vez fixado o padrão, é provável que ele permaneça sendo a escolha da maioria das pessoas.

<sup>49</sup> Ver DANIEL KAHNEMAN, JACK L. KNETSCH, e RICHARD H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 *J Econ Persp* 193, 197-99 (1991); WILLIAM SAMUELSON e RICHARD ZECKHAUSER, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 *J Risk & Uncertainty* 7 (1988).

poupança 401(k) dos empregados<sup>50</sup> e agora, vamos elaborar um breve relato com o qual começamos. A maioria dos planos de 401(k) utiliza o método de *opt-in*. Quando os funcionários passam a ser possíveis candidatos a participar de um plano 401(k), eles recebem algumas informações sobre o plano e um formulário que deve ser preenchido a fim de efetuar a inscrição. Sob a alternativa da inscrição automática, os funcionários recebem a mesma informação, mas lhes é dito que, a não ser que optem expressamente por sair, eles serão inscritos no plano (com algumas opções padrão para as taxas de poupança e de alocação de ativos). Nas empresas que oferecem um “match” (o empregador complementa contribuições do empregado de acordo com uma fórmula, muitas vezes um complemento de 50% até algum limite máximo), a maioria dos funcionários, eventualmente, adere ao plano, mas as inscrições ocorrem muito antes com a inscrição automática. Por exemplo, Madrian e Shea descobriram que as inscrições iniciais saltaram de 49% para 86%,<sup>51</sup> e Choi e seus coautores encontraram resultados similares.<sup>52</sup>

Deve a adoção da inscrição automática ser considerada paternalista? E se assim for, ela deve ser vista como uma espécie de intromissão inoportuna nas preferências dos empregados? Nós respondemos a estas perguntas com um sim e um não, respectivamente. Se os empregadores pensarem (corretamente, acreditamos) que a maioria dos funcionários preferiria juntar-se ao plano 401(k) ao pensar seriamente sobre isso e não perder o formulário de inscrição, então, escolhendo a inscrição automática eles estarão agindo de forma paternalista pela nossa definição do termo. Eles não estarão tentando se proteger contra danos a terceiros, mas sim orientar escolhas na direção que, em sua opinião, promova o bem-estar dos empregados. Uma vez que ninguém é obrigado a fazer qualquer coisa, pensamos que esta direção deve ser considerada irrepreensível até mesmo para os libertários mais comprometidos. O empregador precisa escolher um conjunto de regras, e qualquer um deles afeta as escolhas dos empregados. Nenhuma lei da natureza diz que, na ausência de uma

---

<sup>50</sup> Ver nota 3 e os textos indicados.

<sup>51</sup> Ver MADRIAN e SHEA, 116 Q J Econ at 1158-59 (citado na nota 3).

<sup>52</sup> Ver Choi, et al, *Defined Contribution Pensions* p. 76-77 (citado na nota 3) (percebendo que a inscrição de funcionários nos seis meses após o início do emprego em três empresas distintas aumentou após a inscrição automática de 26,4% para 93,4%, de 35,7% para 85,9% e de 42,05% para 96%). Em um fenômeno a parte, a regra padrão também produz um efeito significativo na taxa de contribuição escolhida. Ver MADRIAN e SHEA, 116 Q J Econ p. 1162-76 (citado na nota 3). A taxa de contribuição padrão (3%) tende a ser a utilizada; a maioria dos empregados manteve essa taxa mesmo tendo sido ela escolhida por menos de 10% dos empregados contratados antes da inscrição automática. Id em 1162-63. O mesmo resultado foi encontrado para a alocação padrão de investimento; enquanto que menos de 7% dos empregados escolheu uma alocação de 100% do investimento em um fundo de mercado financeiro, a maioria substancial (75%) dos empregados escolheu essa alocação quando essa se tornou a regra padrão. Id em 1168-71. A taxa de participantes na regra padrão (participação no plano com uma taxa de 3% de contribuição, investindo 100% em um fundo de mercado financeiro) foi de 61%, mas apenas 1% dos empregados escolhia essas especificações antes de sua adoção como a regra padrão. Id em 1171-72.

escolha afirmativa por funcionários, o [zero] por cento do salário deverá ir para um plano de aposentadoria. Como ambos os planos alteram as escolhas, nenhum deles pode ser considerado, mais do que o outro, como uma forma de intromissão censurável.

2. Os céticos. Leitores céticos, insistentes sobre a liberdade de escolha, podem ser tentados a pensar que há uma outra maneira de sair desse dilema. Os empregadores poderiam evitar a escolha de um padrão se *obrigassem* os funcionários a fazer uma escolha, para participar ou não. Chamemos esta opção de *escolha ativa forçada*. A escolha ativa forçada é, sem dúvida, atraente em alguns contextos, mas um pouco de reflexão revela que esta não é nem um pouco uma saída decisiva para o dilema. Pelo contrário, a escolha forçada é simplesmente outra opção dentre as muitas que o empregador pode eleger. Na verdade, a própria exigência de que os funcionários façam uma escolha tem um elemento paternalista forte. Muitos funcionários não querem ter que fazer uma escolha (e podem acabar tomando decisões de segunda ordem<sup>53</sup> para não terem que fazê-lo). Por que os empregadores devem forçá-los a escolher?

A escolha ativa forçada respeita a liberdade de escolha até um certo ponto; mas não é desejável por aqueles que optariam por não decidir, e, na verdade, vai lhes parecer irritante e talvez inaceitavelmente coercitiva sob essa luz. Em algumas hipóteses a escolha ativa forçada nem mesmo é possível.<sup>54</sup> Em qualquer caso, uma questão empírica permanece: qual é o efeito da escolha forçada? Choi et al, acham que a escolha forçada aumenta as inscrições em relação a opções que utilizam a regra de *opt-in*, embora não tanto quanto a inscrição automática aumentaria (*opt-out*).<sup>55</sup> Nossa discussão na parte III abaixo oferece algumas sugestões sobre as circunstâncias em que faria mais sentido forçar as pessoas a tomarem decisões.

Outros céticos podem pensar que os empregadores devem evitar o paternalismo fazendo o que a maioria dos funcionários gostaria que fizessem. Para esta abordagem, uma regra padrão poderia evitar o paternalismo com sucesso se o empregador

---

<sup>53</sup> N.T.: No original: *second-order choices*. Termo utilizado pelo autor para denominar decisões impensadas e possivelmente ruins para a própria pessoa.

<sup>54</sup> Considere o exemplo da cafeteria: qualquer tipo de cardápio pressupõe algum tipo de escolha. O mesmo é verdade para outros contextos como a privatização da seguridade social, na qual os planejadores devem oferecer um menu de opções. Talvez se responderia que os planejadores podem pedir que os optantes escolham “qualquer opção no mundo”, mas é improvável que isso seja factível.

<sup>55</sup> Compare CHOI, et al, *Defined Contribution Pensions* p. 86 (citado na nota 3) (notando que 78% dos empregados que receberam ofertas de planos sobre aumentos futuros aceitaram e 62% aceitaram e permaneceram no plano por mais de três aumentos), com id em 77 (demonstrando que as taxas de inscrição em poupanças com planos de *opt-out* em três empresas, seis meses após a contratação dos funcionários, foi de 93,4%, 85,9% e 96%).



monitorar as escolhas dos empregados. Às vezes, esta é uma solução plausível. Mas e se muitos, ou a maioria dos funcionários não tiverem preferências estáveis ou bem formadas, ou se escolhas dos empregados são inevitavelmente um produto da regra padrão? Em tais casos, não faria sentido perguntar o que a maioria dos funcionários faria. As escolhas que os funcionários farão, vão depender da forma como o empregador enquadrar essas escolhas. As “preferências” dos funcionários, como tal, não existem nessas circunstâncias.

Nós pensamos que a poupança é um bom exemplo de assunto no qual as preferências tendem a ser mal formadas. Poucas famílias têm um o conhecimento ou a inclinação para calcular a sua taxa ideal de poupança e, até mesmo se elas fizerem tal cálculo, seu resultado seria altamente dependente de pressuposições sobre taxa de retorno e expectativa de vida. À luz disto, o comportamento real é altamente sensível às características do plano escolhido.

## B. Governo

Alguns entusiastas da liberdade de escolha poderiam estar dispostos a reconhecer esses pontos e, portanto, aceitar esforços privados para orientar as escolhas das pessoas no que parecem ser as direções certas. As pressões do mercado, bem como a frequentemente ampla gama de opções possíveis, podem parecer proteção suficiente contra o direcionamento censurável. Mas a nossa ênfase tem sido na inevitabilidade do paternalismo e, nesse sentido, os mesmos pontos se aplicariam a algumas escolhas feitas pelos governos no estabelecimento de normas legais.

1. Regras padronizadas. Regras-padrão de algum tipo são inevitáveis e, grande parte do tempo, essas regras afetarão preferências e escolhas.<sup>56</sup> Nas palavras negligenciadas de um artigo clássico, um “mínimo de intervenção do Estado é sempre necessário... Quando se julga que um acidente de carro não foi culpa de ninguém, não é porque Deus assim ordenou. Pelo contrário, é porque o Estado determinou a não responsabilidade da pessoa que hipoteticamente causou o acidente e vai intervir para evitar que os amigos da vítima, se eles forem mais fortes, tentem tirar satisfações com ofensor”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Ver CASS R. SUNSTEIN, *Switching the Default Rule*, 77 *NYU L Rev* 106 (2002) (demonstrando que, as vezes, os empregados só valorizam certos direitos porque eles lhes foram concedidos previamente em primeiro lugar); KOROBKIN 83 *Cornell L Rev* 608 (citado na nota 21) (argumentando que a evidência de um *status quo* tendencioso desmente a presunção básica do direito-e-economia de que as preferências são exógenas à regra padrão).

<sup>57</sup> GUIDO CALABRESI e A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedrawl*, 85 *Harv L Rev* 1089, 1090-91 (1972).

Se as regras de concessão de propriedade parecem invisíveis, e parecem ser uma maneira simples de proteger a liberdade de escolha, é porque elas parecem tão razoáveis e naturais que nem parecem para ser uma atribuição legal. Mas isso é um equívoco. O que nós acrescentamos aqui é que, quando uma regra padrão afeta preferências e comportamentos, está tendo o mesmo efeito que as presunções do empregador sobre os planos de poupança. Este efeito é muitas vezes inevitável e significativo. Enquanto as pessoas puderem contratar para alterar a regra padrão, é justo dizer que o sistema legal está protegendo a liberdade de escolha, e, nesse sentido, está em conformidade com as metas libertárias.

Os consumidores, trabalhadores e pessoas casadas,<sup>58</sup> por exemplo, estão rodeados por uma série de determinações legais que fornecem o pano de fundo contra o qual os acordos são firmados. Por uma questão de direitos trabalhistas, e de forma consistente com a liberdade de contratar, os trabalhadores podem estar sujeitos à demissão conforme a vontade do empregador, ou podem ter um direito implícito, uma proteção para apenas serem demitidos “por justa causa”. Pode-se presumir que eles têm o direito a férias, ou não. Pode-se presumir que eles estão protegidos por requisitos de segurança, ou que o empregador é livre para investir em segurança como desejar, sujeito apenas às pressões do mercado. Em todos os casos, a lei deve estabelecer se os trabalhadores têm de “adquirir” certos direitos dos empregadores ou vice-versa.<sup>59</sup> A intervenção legal, neste sentido importante, não pode ser evitada. O mesmo é verdade para os consumidores, cônjuges e todos os outros que estão envolvidos em relações jurídicas. Boa parte do tempo, as questões jurídicas de fundo são importantes mesmo se os custos de transação sejam zero, porque afetam as escolhas e preferências.<sup>60</sup> Aqui, como no contexto privado, uma forma de paternalismo é inevitável.

No contexto do seguro, um experimento natural e não planejado demonstrou que a regra padrão pode ser muito predominante.<sup>61</sup> Nova Jersey criou um sistema em que a proposta de seguro padrão para motoristas incluía um prêmio relativamente baixo, mas retirava o seu direito de entrar com ações; os contratantes adquirentes poderiam desviar-se da proposta padrão e adquirir o direito de processar ao escolher uma proposta contendo esse direito por um prêmio mais alto. Contrariamente, a Pensilvânia

---

<sup>58</sup> Sobre casamento e regras jurídicas, ver SUSAN MOLLER OKIN, *Justice, Gender, and the Family* (Basic 1989).

<sup>59</sup> Ver CASS R. SUNSTEIN, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 *Va L Rev* 205, 208-12 (2001).

<sup>60</sup> Ver demonstrações em KOROBKIN, 83 *Cornell L Rev* at 633-64 (citado na nota 21), e KAHNEMAN, KNETSCH, e THALER, 5 *J Econ Persp* at 194-204 (citado na nota 50).

<sup>61</sup> Ver CAMERER, *Prospect Theory in the Wild* p. 294-95 (citado na nota 35); EJOHNSON et al, *Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions*, p. 238 (citado na nota 35).

ofereceu uma proposta padrão contendo o pleno direito de processar com um prêmio relativamente elevado; compradores poderiam optar por mudar para um novo plano, ao abrir mão do mais amplo direito de processar, a fim de pagar um prêmio mais baixo. Em ambos os casos, a regra padrão tende a ser a mais utilizada. A forte maioria aceitou a regra padrão em ambos os estados, com apenas cerca de 20% dos motoristas de Nova Jersey adquirindo o pleno direito de processar, e 75% dos habitantes da Pensilvânia adquirindo tal direito.<sup>62</sup> Não há nenhum motivo que leve a crer que os cidadãos da Pensilvânia tenham sistematicamente diferentes preferências das dos cidadãos de Nova Jersey. O plano padrão foi o que produziu os efeitos práticos. E, de fato, experimentos controlados encontraram os mesmos resultados, mostrando que o interesse no direito de processar é muito maior quando ele é apresentado como parte do pacote padrão.<sup>63</sup>

Em outro exemplo, um efeito substancial da regra padrão foi encontrado em estudo sobre as reações de estudantes de direito com relação a diferentes disposições das leis estaduais que regem o tempo de férias nos escritórios.<sup>64</sup> O estudo foi concebido para ser razoavelmente realista, envolvendo um grupo de indivíduos de quem as questões em tela dificilmente seriam desconhecidas. A maioria dos estudantes de dedicam uma boa quantidade de tempo para refletir sobre salários, tempo de férias e as contingências entre eles. O estudo envolveu duas hipóteses. Na primeira, a lei estadual garantia duas semanas de férias, e os alunos foram convidados a indicar a sua disposição para pagar (por meio de redução salarial) por duas semanas adicionais de férias. Nesta condição, a disponibilidade média seria de pagar US \$ 6.000.<sup>65</sup> Na segunda hipótese, a lei estadual fornecida, garantia duas semanas de férias obrigatórias e indisponíveis, mas também oferecia aos funcionários (inclusive advogados associados em escritórios de advocacia), o direito a duas semanas de férias adicionais, um direito que poderia ser “consciente e voluntariamente renunciado”. Por isso, a segunda hipótese era precisamente a mesma que a primeira, exceto que a regra padrão favorecia a utilização das duas semanas extras de férias. Na segunda hipótese, os alunos foram perguntados quanto os empregadores teriam que desembolsar para que eles desistissem de seu direito às duas semanas extras. Por si só, a alteração no padrão mais do que dobrou as respostas dos alunos, produzindo uma aceitação média de US\$ 13,000.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> Id em 235-38.

<sup>64</sup> Ver SUNSTEIN, 77 NYU L Rev at 113-14 (citado na nota 57)

<sup>65</sup> A pergunta indicava aos estudantes que considerassem que não haveria qualquer outra consequência negativa no emprego decorrente de tirar ou vender essas duas semanas extras de férias. Ver id na p. 113.

<sup>66</sup> Ver Id.

Podemos imaginar inúmeras variações dessas experiências. Por exemplo, a lei pode determinar uma situação em que os trabalhadores tenham de se inscrever, caso queiram ingressar em planos de aposentadoria, ou pode exigir que os empregadores realizem a inscrição automática e permitir que os funcionários optem por se retirar. Ambos os sistemas respeitariam a liberdade dos empregados de escolher, e, portanto, os dois sistemas seriam libertários nesse sentido. Na mesma linha, a lei poderia dispor que não existe o direito de não sofrer discriminação etária no mercado de trabalho, permitindo que os funcionários (por meio de negociações individuais ou coletivas) adquirissem esse direito. Alternativamente, poderia dar aos trabalhadores uma garantia renunciável de não-discriminação sujeita a alteração por negociações contratuais. Nossa opinião aqui é que ambas as abordagens são suscetíveis de produzir efeitos sobre as escolhas dos empregados. É neste sentido que o paternalismo é inevitável, tanto por parte do governo, quanto das instituições privadas.

2. Âncoras. Ao enfatizar a ausência de preferências bem formadas, não estamos falando apenas de regras padronizadas. Consideremos o papel crucial de “âncoras”, ou pontos de partida, em estudos de valoração de contingentes, um método importante de valorar bens reguladores, tais como o aumento da segurança e de proteção do meio ambiente.<sup>67</sup> Tais estudos, utilizados quando avaliações de mercado não estão disponíveis, tentam questionar às pessoas o quanto elas estariam “dispostas a pagar” por vários benefícios reguladores.<sup>68</sup> A valoração de contingentes tornou-se proeminente nas práticas e teorias regulamentares e regulatórias.<sup>69</sup> Porque o objetivo é extrair o que as pessoas realmente querem, estudos de valoração de contingentes são um esforço para obter, e não para afetar, os valores das pessoas. O paternalismo, no sentido dos efeitos sobre as preferências e escolhas, não deve ser parte do quadro analisado. Mas é extremamente difícil evitar que os estudos de valoração de contingentes construam os próprios valores que eles deveriam estar descobrindo.<sup>70</sup> A razão é que, nos contextos em que tais estudos são utilizados, as pessoas não têm preferências claras ou bem formadas, e, portanto, não é claro se as pessoas têm “valores” reais que podem verdadeiramente ser

---

<sup>67</sup> Ver, por exemplo, IAN J. BATEMAN e KENNETH G. WILLIS, eds, *Valuing Environmental Preferences* (Oxford 1999). Mas ver PETER A. DIAMOND e JERRY A. HAUSMAN, *Contingent Valuation: Is Some Number Better Than No Number*, 8 *J. Econ. Persp.* 45, 49-52 (1994) (argumentando que as pesquisas de valoração de contingências não medem corretamente a disponibilidade para pagar com relação a bens públicos); Note-se, “Ask A Silly Question...” *Contingent Valuation of Natural Resource Damages*, 105 *Harv L Rev* 1981 (1992) (criticando a valoração de contingências com relação à avaliação dos danos a recursos naturais, argumentando que ela produz resultados tendenciosos que podem levar a fardos injustos de responsabilidade).

<sup>68</sup> Ver IAN J. BATEMAN e KENNETH G. WILLIS, *Introduction and Overview*, In Bateman e Willis, eds, *Valuing Environmental Preferences* 1, 1-3 (citado na nota 68).

<sup>69</sup> Ver de forma geral Id.

<sup>70</sup> Ver JOHN PAYNE, JAMES R. BETTMAN e DAVID A. SCHKADE, *Measuring Constructed Preferences: Towards a Building Code*, 19 *J. Risk and Uncertainty* 243, 266 (1999).

encontrados.<sup>71</sup> Assim, uma forma de paternalismo beira o inevitável: valores declarados frequentemente serão afetados, ao menos dentro de alguns limites, por como as perguntas são feitas.

Talvez a evidência mais marcante nesse sentido venha de um estudo sobre a disposição de pagar para reduzir os riscos anuais de morte e ferimentos em veículos motorizados.<sup>72</sup> Os autores tentaram extrair as disponibilidades máximas e mínimas de pagar por melhorias na segurança. Apresentaram para um grupo de pessoas um risco estatístico e um valor monetário inicial, e perguntaram se elas estariam definitivamente dispostas, definitivamente indispostas a pagar essa quantia para eliminar o risco, ou se elas estavam indecisas. Se elas se declarassem definitivamente dispostas a pagar, o valor monetário seria aumentado até que elas estivessem definitivamente indispostas. Se elas estivessem indecisas, o numerário seria movido para cima e para baixo até que se pudesse identificar seu mínimo e seu máximo.

Os autores não estavam tentando testar os efeitos das âncoras; pelo contrário, eles estavam prestando atenção nas âncoras só porque “tinham sido avisados” de um possível problema com o seu procedimento, em que as pessoas “poderiam ser indevidamente influenciadas pelo primeiro valor em dinheiro que lhes fosse exibida.<sup>73</sup> Para resolver esse problema, os autores dividiram aleatoriamente as pessoas em dois grupos, um com o valor inicial de 25 libras, e o outro com um valor inicial de 75 libras. Os autores esperavam que o efeito das âncoras fosse pequeno, sem consequências significativas para os valores mínimos e máximos. Mas a sua expectativa foi frustrada. *Para todos os tipos de risco, a disponibilidade mínima de pagar foi mais alta com o ponto de partida de £75, que a disposição máxima com o ponto de partida de £25!*<sup>74</sup> Por exemplo, uma redução no risco anual de morte para 4 em 100.000 produziu uma disponibilidade *máxima* de pagar de 149 libras com o ponto de partida de £ 25, mas uma disponibilidade *mínima* de pagar 232 libras de com o ponto de partida de £ 75 (e máximo, nesse caso, de 350 libras).<sup>75</sup> As conclusões mais razoáveis são que em determinados momentos as pessoas não têm certeza sobre quais valores seriam apropriados, e quando têm, as âncoras produzem um efeito - às vezes surpreendentemente relevante.

---

<sup>71</sup> Ver id. em 245-47.

<sup>72</sup> Ver MICHAEL JONES-LEE e GRAHAM LOOMES, *Private Values and Public Policy*, In ELKE U. WEBER, JONATHAN BARON, e GRAHAM LOOMES, eds, *Conflict and Tradeoffs in Decision Making* 205, 208-12 (Cambridge 2001).

<sup>73</sup> Id em 210.

<sup>74</sup> Id em 211.

<sup>75</sup> Id.

Não está claro como os interessados em encontrar (sem afetar) os valores podem responder a esta questão.<sup>76</sup> O que está claro é que, nos escopos em que os estudos de valoração de contingentes são utilizados, as pessoas muitas vezes não têm preferências bem formadas, e que pontos de partida têm importantes consequências para comportamentos e escolhas.

3. Enquadramento. Sugerimos que, no importante contexto das decisões médicas, os efeitos de como é elaborado o enquadramento são consideráveis.<sup>77</sup> Aparentemente a maioria das pessoas não têm preferências claras sobre como avaliar um procedimento que tem 90% de sucesso (e 10% de falecimentos) após um determinado período de anos. Um efeito similar foi demonstrado no relevante contexto das obrigações para com as gerações futuras,<sup>78</sup> questão muito controversa.<sup>79</sup> Esta questão não envolve o paternalismo diretamente, porque os interessados na avaliação das gerações futuras não estão tentando proteger as pessoas de seus próprios erros. Mas um sistema regulatório que tente rastrear as concepções das pessoas tentaria medir as preferências temporais entre gerações, ou seja, tentaria expor as opiniões das pessoas sobre como valorar a proteção de vidas atuais e futuras.<sup>80</sup>

Daí surge uma pergunta importante, pensada em muitos debates sobre a questão, sobre se as pessoas realmente formam opiniões sobre isso e se estas podem ser explicitadas. De fato, um influente conjunto de estudos concluiu que as pessoas valorizam a vida das pessoas da atual geração muito mais do que a vida das pessoas de gerações futuras.<sup>81</sup> A partir de uma série de pesquisas, Maureen Cropper e seus coautores sugeriram que para as pessoas dariam a mesma importância às opções de salvar uma vida hoje ou salvar 44 vidas em 100 anos.<sup>82</sup> Eles chegaram a essa conclusão com base em questionamentos, pedindo para que as pessoas escolhessem entre um programa que

<sup>76</sup> Para um panorama geral da discussão, ver PAYNE, BETTMAN e SCHKADE, 19 *J Risk & Uncertainty* 243 (citado na nota 71)

<sup>77</sup> Ver nota 11 e o texto lá indicado.

<sup>78</sup> Ver SHANE FREDERICK, *Measuring Intergenerational Time Preference: Are Future Lives Valued Less?*, 26 *J. Risk and Uncertainty* 39 (2003) (descobrimos que as preferências entre gerações podem alterar dramaticamente dependendo da pergunta).

<sup>79</sup> Ver RICHARD L. REVESZ, *Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives*, 99 *Col L Rev* 941 (1999) (discutindo que deixar danos e perigos para uma future geração é “injustificável eticamente”); EDWARD R. MORRISON, *Comment, Judicial Review of Discount Rates Used in Regulatory Cost-Benefit Analysis*, 65 *U Chi L Rev* 1333 (1998) (discutindo as dimensões éticas e econômicas do debate sobre as taxas de desconto apropriadas para regulações e outros projetos públicos).

<sup>80</sup> Ver REVESZ, 99 *Colum L Rev* at 996-1007 (citado na nota 80). Não estamos sugerindo que as preferências das gerações atuais sejam decisivas nas questões de políticas.

<sup>81</sup> Ver MAUREEN L. CROPPER, SEMA K. AYDEDE e PAUL R. PORTNEY, *Preference for Saving Lives Programs: How the Public Discounts Time and Age* 8 *J Risk & Uncertainty* 243 (1994); Maureen L. Cropper, SEMA K. AYDEDE e PAUL R. PORTNEY, *Rates of Time Preference for Saving Lives*, 82 *Am Econ Rev* 469, 472 (1992).

<sup>82</sup> CROPPER, AYDEDE, e PORTNEY, 8 *J Risk & Uncertainty* p. 244 (citado na nota 82).

salvaria “100 vidas agora” ou um programa que salvaria um número substancialmente maior “em 100 anos a partir de agora”.<sup>83</sup>

Mas acontece que outras descrições do mesmo problema geraram resultados significativamente distintos.<sup>84</sup> Aqui, como em outros contextos, não está claro se as pessoas realmente têm preferências bem-formadas com as quais o sistema jurídico poderia trabalhar. Por exemplo, a maioria das pessoas considera “igualmente ruim” uma única morte decorrente da poluição no próximo ano e uma única morte decorrente da poluição em 100 anos<sup>85</sup> — sugerindo que não há nenhuma preferência pelos membros da geração atual. Em outra pesquisa sobre a inexistência de evidente preferência pela geração atual, as pessoas ficaram divididas entre as duas possibilidades: uma que iria salvar 55 vidas agora e mais 105 vidas em vinte anos; e outra que iria salvar 100 vidas agora e 50 vidas em daqui a 25 anos.<sup>86</sup> É até possível enquadrar a questão de tal forma que se conclua que as vidas futuras seriam mais valorizadas, e não menos, do que as atuais.<sup>87</sup> A conclusão mais sensata é que as pessoas não têm preferências temporais fortes, bem definidas entre gerações. Se assim for, não é possível para governo acompanhar essas preferências, porque elas são um produto de como a questão é colocada. O ponto aplica-se em muitos contextos. Por exemplo, não é provável que pessoas tenham julgamentos livres de contextualização sobre se o governo deve se concentrar em estatísticas de vida ou em estatísticas anos vividos na política regulamentar; seus julgamentos serão muito afetados pelo enquadramento da questão.<sup>88</sup>

### C. Porque os efeitos nas escolhas podem ser difíceis de evitar?

1. Explicações. Por que, exatamente, as regras padronizadas, os pontos de partida, e os efeitos contextuais têm efeitos tão relevantes? Para responder a esta pergunta, é importante fazer algumas distinções.

<sup>83</sup> Ver id nas p. 469,472 (explicando a metodologia da pesquisa).

<sup>84</sup> Ver FREDERICK, 26 J Risk & Uncertainty p. 50 (citado na nota 79) (“muitos dos procedimentos testados aqui indicaram que não há desconsideração das vidas futuras”).

<sup>85</sup> Id em 43.

<sup>86</sup> Id em 44.

<sup>87</sup> Ver Id em 45. Frederick pediu aos participantes que escolhessem entre dois programas. O primeiro seria mais eficaz ao longo do tempo, salvando 100 vidas ao longo dessa década, 200 vidas na seguinte e 300 na seguinte a esta. O segundo seria menos eficaz ao longo do tempo, salvando 300 vidas nesta década, 200 na década seguinte e 100 na subsequente. A maioria das pessoas selecionou o primeiro programa, aparentemente sugerindo que as vidas futuras seriam mais valorizadas. Id.

<sup>88</sup> Ver CASS R. SUNSTEIN, *Lives, Life-Years, and Willingness to Pay*, Colum L Rev (2004).

a) Sugestividade. Em face de incertezas sobre o que fazer, as pessoas podem se utilizar de um de dois métodos heurísticos relacionados: fazer o que a maioria das pessoas faz, ou fazer o que as pessoas mais bem informadas fazem.<sup>89</sup> Pode-se supor que o plano ou valor padrão reproduzem um ou outro. Em muitos contextos, todos os pontos de partida podem consignar algum conteúdo informativo e, portanto, afetar escolhas. Assim, se uma regra padrão afeta o comportamento, isso pode ser porque ela é considerada como se contivesse informações sobre como as pessoas sensatas geralmente organizariam suas questões. Perceba que, no contexto das poupanças, as pessoas podem ter uma leve preferência por uma ou outra opção, mas a preferência pode ser superada por evidências de que a maioria das pessoas não escolheria essa alternativa. Alguns trabalhadores podem pensar, por exemplo, que não devem se inscrever em um plano 401(k) e têm uma preferência por não fazê-lo; mas essa ideia e essa a preferência podem se alterar caso o empregador adote a inscrição automática.

Em respeito à poupança, o plano padrão determinado aparentemente carrega uma certa legitimidade aos olhos de muitos funcionários, talvez porque pareça ser resultado de uma reflexão consciente sobre o que faz mais sentido para a maioria das pessoas.<sup>90</sup> Esta interpretação é apoiada pela constatação de que os maiores efeitos com base na nova regra padrão são sentidos por mulheres e por negros.<sup>91</sup> Podemos especular que os membros desses grupos tendem a ser menos confiantes em suas decisões neste domínio e, talvez, a ter menos experiência na avaliação dos diferentes planos de poupança.

b) Inércia. Uma outra explicação aponta para a inércia.<sup>92</sup> É provável que qualquer alteração na regra padrão ou no valor inicial que requeira alguma ação. Mesmo sendo uma trivial, como o preenchimento e envio de um formulário, ela pode deixar espaço para falhas devido a lapsos de memória, preguiça, e procrastinação. Muitas pessoas esperam até o último minuto para apresentar sua declaração de imposto renda, mesmo sabendo que vão receber uma restituição. O poder da inércia deve ser visto como uma forma de limitação da racionalidade. Embora os custos da mudança da regra padrão ou do ponto de partida possam ser contados como os custos de transação, o fato de que

---

<sup>89</sup>Ver a discussão sobre a imitação como uma rápida e frugal heurística em JOSEPH HENRICH et al, *What Is the Role of Culture in Bounded Rationality, in Bounded Rationality?* In GERD GIGERENZER e RICHARD SELTEN eds.) *Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox* 343, 344 (MIT 2001) (“A capacidade de transmissão cultural permite aos indivíduos cortarem caminhos em relação aos custos de busca, experimentação e algoritmos de processamento de dados, e, ao invés, eles se beneficiam da experiência cumulativa guardada nas mentes (e observada no comportamento) de outros”).

<sup>90</sup> Ver MADRIAN e SHEA, 116 Q J Econ at 1177-78 (citado na nota 1).

<sup>91</sup> Ver id em 1160-61.

<sup>92</sup> Ver id na p. 1171 (percebendo que, sob a inscrição automática, as pessoas tornam-se “poupadoras passivas” e “não tomam atitude para sair da regra padrão”).



grandes mudanças de comportamento são observadas mesmo quando tais custos são mínimos sugere que uma explicação puramente racional é difícil de aceitar.

c) Efeito dotação.<sup>93</sup> A regra padrão pode criar um efeito dotação “puro”. É sabido que as pessoas tendem a valorizar mais altamente bens que foram inicialmente atribuídos a elas do que outros que inicialmente foram atribuídos a outras pessoas.<sup>94</sup> E é bem sabido que, em muitos casos, a regra padrão irá criar um efeito dotação.<sup>95</sup> Quando o efeito dotação está envolvido, a atribuição inicial, por instituições privadas ou públicas, afeta as escolhas das pessoas simplesmente porque afeta suas capacidades de avaliação.

d) Preferências mal formadas. Nos casos que discutimos, as preferências das pessoas são mal formadas e obscuras. Suponhamos, por exemplo, que se apresentem às pessoas várias vantagens e níveis de risco para planos de aposentadoria. Elas podem ser capazes de compreender a apresentação; pode não haver nenhuma confusão nesse momento. Mas as pessoas podem não ter uma preferência bem definida, a favor ou contra, um plano um pouco mais arriscado com uma possibilidade de retorno ligeiramente mais elevada. Nestas circunstâncias, as suas preferências podem ser contaminadas pelo plano padrão, simplesmente porque tais pessoas não têm preferências firmes e bem formadas que possam superar os parâmetros da regra padrão. Em áreas pouco familiares, é especialmente improvável que existam preferências bem formadas. O intervalo de valores no estudo de segurança nas estradas é, provavelmente, uma consequência da falta de familiaridade com o contexto, o que deixa as pessoas sem preferências claras a partir das quais se poderia gerar números mais exatos. Os efeitos contextuais nas preferências temporais entre gerações atesta o fato de que as pessoas não têm juízos inequívocos sobre como sopesar os interesses das gerações futuras com os das pessoas que hoje vivem.<sup>96</sup>

2. A inevitabilidade do paternalismo. Para os presentes efeitos, a escolha entre essas várias explicações não importa tanto. O ponto central é que os efeitos sobre as escolhas individuais são, muitas vezes, inevitáveis. Claro que é geralmente melhor não impedir escolhas, e nós não queremos defender o paternalismo não-libertário aqui. Mas em um aspecto importante a posição antipaternalista é incoerente, simplesmente porque não há nenhuma forma de evitar a produção de efeitos sobre os comportamentos e

---

<sup>93</sup> N.T.: No original, *endowment effect*, um conceito que considera que, muitas vezes, as pessoas valorizam mais o que elas próprias já possuem ao invés das demais opções.

<sup>94</sup> Ver KOROBKIN, 83 Cornell L Rev 608 (citado na nota 21); RICHARD H. THALER, *Quasi Rational Economics* (Russell Sage 1991).

<sup>95</sup> Ver nota 50

<sup>96</sup> Ver os textos das notas 84 - 89.

escolhas. A tarefa para o libertário fervoroso é não evitar esses efeitos, mas preservar a liberdade de escolha.

Porque os efeitos contextuais são inevitáveis, é irremediavelmente inadequado afirmar que, quando as pessoas não têm informações suficientes, a melhor resposta é a fornecê-las. Para ser eficaz, qualquer esforço para informar as pessoas deve estar arraigado em uma compreensão sobre como as pessoas realmente pensam. A apresentação faz uma grande diferença; as consequências comportamentais de informações, em outras hipóteses, idênticas, dependem de como elas são enquadradas.

Considere um exemplo na área da poupança. Benartzi e Thaler pediram aos participantes de um plano de poupança de contribuição definida para imaginarem que eles tinham apenas duas opções de investimento, o fundo A e fundo B, e perguntaram como eles iriam alocar seus investimentos entre esses dois fundos.<sup>97</sup> (Os dois fundos foram, um de ações diversificadas e um de fundo de retorno intermediário). Todos os participantes receberam informações sobre os retornos históricos sobre esses fundos. No entanto, a um grupo foi mostrada a distribuição das taxas anuais de retorno, enquanto a outro grupo foi mostrada uma simulação de retornos nos próximos 30 anos.<sup>98</sup> As taxas de retorno a longo prazo foram provenientes das taxas anuais de retorno (selecionando aleatoriamente alguns anos), e assim os dois conjuntos de informação foram, a rigor, idênticos. No entanto, os participantes escolheram investir cerca de 40% de seu dinheiro em ações quando mostrados os retornos anuais e 90% quando mostradas as taxas de retorno a longo prazo.<sup>99</sup> A lição desse exemplo é que os planejadores não pode evitar influenciar as escolhas das pessoas simplesmente oferecendo informações. A maneira como eles exibem as informações vão, em algumas situações, alterar fortemente as escolhas que as pessoas fazem.

O ponto de que a apresentação das informações influencia as escolhas é geral. Em face dos riscos à saúde, por exemplo, algumas apresentações de informações precisas podem ser, na verdade, contraproducentes, porque as pessoas podem tentar controlar seus medos, recusando-se totalmente a pensar sobre o risco. Em estudos empíricos, “algumas mensagens transmitindo informações idênticas pareciam funcionar melhor

---

<sup>97</sup> Ver SHLOMO BENARTZI e RICHARD H. THALER, *Risk Aversion or Myopia? Choices in Repeated Gambles and Retirement Investments*, 45 *Mgmt Sci* 364, 375 (1999).

<sup>98</sup> Ver id.

<sup>99</sup> Id na p. 377.

do que outras e [ ] algumas até pareciam sair pela culatra”.<sup>100</sup> Quando as campanhas informativas falham completamente, muitas vezes é porque esses esforços “resultam em medidas defensivas contraproducentes”.<sup>101</sup> Por isso, as abordagens mais eficazes vão muito além da mera divulgação e da combinação de “uma mensagem assustadora sobre as consequências da ação com uma mensagem otimista sobre a eficácia de um programa de prevenção proposto”.<sup>102</sup>

Aqui há questões complexas e interessantes sobre como promover o bem-estar. Se as informações aumentam drasticamente o medo das pessoas, elas irão, na mesma medida, reduzir o seu bem-estar - em parte porque o medo é desagradável, em parte porque o medo produz uma gama de efeitos em cascata, produzindo uma ampla quantidade de custos sociais. Nós não estamos nem falando da questão do bem-estar aqui. Nossas únicas sugestões são que, se as pessoas não dispõem de informações, se deve prestar bastante atenção para o processamento destas, e que, sem essa atenção, a divulgação das informações pode revelar-se inútil ou contraproducente. E, na medida em que aqueles que criam as estratégias informativas estiverem levando em conta como as pessoas pensam e tentando direcioná-las a certas direções desejáveis, esses esforços terão invariavelmente uma dimensão paternalista.

#### D. Além do inevitável (mas ainda libertário)

A inevitabilidade do paternalismo é mais clara quando o planejador deve escolher os pontos de partida, efeitos contextuais ou regras padronizadas. Mas se o foco é no bem-estar, é razoável questionar se o planejador deve ir além do inevitável, e se, fazendo isso, tal planejador poderia se dizer libertário. Para ilustrar o problema, voltemos para o simples exemplo da cafeteria discutido acima. Posicionar as frutas antes das sobremesas seria uma intervenção bastante leve. Uma atitude um pouco mais invasiva seria colocar as sobremesas em local completamente distinto, de modo que os clientes teriam que se levantar para pegar uma sobremesa depois de terem terminado o resto de sua refeição. Este passo aumenta os custos transacionais de se comer uma sobremesa e, de acordo com uma análise econômica padrão, a proposta é bastante negativa - parece deixar os consumidores de sobremesa em situação pior sem gerar benefícios para ninguém. Mas muitas pessoas enfrentam problemas de autocontrole, e essas questões

---

<sup>100</sup> ANDREW CAPLIN, *Fear as a Policy Instrument*, In GEORGE LOEWENSTEIN, DANIEL READ, e ROY BAUMEISTER, eds, *Time and Decision: Economic and Psychological Perspectives on Intertemporal Choice* 441, 443 (Russell Sage 2003).

<sup>101</sup> Id em 442.

<sup>102</sup> Id em 443.

levam a problemas de saúde, menores ou maiores.<sup>103</sup> Uma vez que os custos de autocontrole são incorporados na análise, podemos ver que alguns clientes prefeririam essa modalidade, ou seja, aqueles que comeriam uma sobremesa se ela fosse colocada em sua frente, mas resistiriam à tentação com um pouco de ajuda. Para se coadunar com os princípios libertários, o planejador poderia organizar duas fileiras na cafeteria: a fileira tentadora e a fileira não tentadora. A fileira tentadora incluiria todas as opções, ao passo que a linha não tentadora deixaria os alimentos não saudáveis menos disponíveis. Já que as pessoas poderiam escolher qualquer fileira, isso passaria pelo crivo libertário. (Como uma solução para o problema de autocontrole, isso pode não ser inteiramente adequado, porque as pessoas ficariam tentadas a entrar na fileira tentadora). Assim, é possível preservar a liberdade de escolha e permitir que as pessoas optem por não participar, mas também favorecer os esforços autoconscientes que promovem o bem-estar ajudando as pessoas a resolver problemas de racionalidade e autocontrole limitados. Esforços desse tipo não precisam tentar adivinhar o que as pessoas escolheriam previamente, mesmo nos casos em que existam preferências; mas deveriam, contudo, facilitar que as pessoas se dirijam para onde gostariam de chegar.

No domínio comportamental dos empregados, há muitos exemplos imagináveis. Os funcionários podem ser automaticamente inscritos num plano de previdência com direito a optar por sair, mas os empregadores podem exigir um período de carência e talvez uma consulta com um conselheiro, antes de a saída poder ser efetivada.<sup>104</sup> Thaler e Benartzi propuseram um método de aumento de contribuição para os planos de previdência que também satisfaz os ideais libertários.<sup>105</sup> No plano *Save More Tomorrow*,<sup>106</sup> brevemente descrito na introdução, os funcionários são convidados a se inscrever em programa no qual as suas contribuições para o plano de previdência aumentam anualmente sempre que receberem um aumento. Uma vez que os funcionários decidam aderir ao plano, eles ficam nele até optarem por sair ou até atingirem à taxa máxima possível. Na primeira empresa a utilizar este plano, os funcionários que se inscreveram aumentaram seus valores de poupança de 3,5% para

---

<sup>103</sup> Ver O'DONOGHUE e RABIN, 93 Am Econ Rev at 187 (citado na nota 19) (argumentando que "impor grandes impostos a itens insalubres, enquanto reduzindo os impostos sobre outros itens não necessariamente gera grandes prejuízos aos consumidores racionais" e pode "criar benefícios significativos para aqueles que exageram no itens insalubres devido a problemas de autocontrole"); JOLLS, SUNSTEIN e THALER, 50 Stan L Rev at 1479 (citado na nota 16).

<sup>104</sup> Note-se que alguns libertários mais fervorosos podem se sentir desconfortáveis com períodos de espera, filas na cafeteria e similares, especialmente se essas práticas forem defendidas como uma forma de influenciar a preferência das pessoas. Nossa meta principal, no entanto, é a de ajudar as pessoas a resolverem seus problemas de autocontrole, e por essa razão a objeção, do ponto de vista da liberdade, parece fraca, ao menos se a liberdade for considerada a preservação das escolhas.

<sup>105</sup> Ver THALER e BENARTZI, J Polit Econ (citado na nota 4)

<sup>106</sup> N.T.: Algo como "Poupe Mais Amanhã", um plano idealizado com a finalidade de aumentar a taxa de poupança dos empregados.

11,6% em pouco mais de dois anos (três aumentos).<sup>107</sup> Muito poucos dos funcionários que se inscrevem decidem desistir. Acreditamos que este é o paternalismo libertário em ação bem sucedida. Na verdade as idéias de inscrição automática e do *Save More Tomorrow*, fornecem modelos muito promissores para o aumento das poupanças; eles podem até ser mais efetivos que incentivos econômicos concebíveis, como por exemplo, através da baixa tributação de poupanças.

O mesmo tipo de estratégia pode ser usado em muitas áreas. Movendo-se do paternalismo para a proteção de terceiros, os empregadores (ou o Estado) podem tentar aumentar as doações dos trabalhadores para a caridade. Será possível produzir uma forma de benevolência libertária, e se for, de que forma isso poderia ser feito? O apelo moral pode ou não ter sucesso, mas comparemos com um sistema de *Give More Tomorrow*.<sup>108</sup> Porque os trabalhadores parecem muito dispostos a abrir mão de uma fração de seus aumentos futuros, um sistema desse tipo como o *Save More Tomorrow* seria bastante atraente para muitas pessoas. De fato, as idéias aqui exploradas poderiam muito bem ser utilizadas para produzir aumentos significativos de doações para caridade (é claro que existem complexidades óbvias sobre os sistemas institucionais e beneficiários padrão apropriados).<sup>109</sup>

A esse ponto já deve estar claro que a diferença entre o paternalismo libertário e o não-libertário não é simples e rígida. O paternalista libertário insiste em preservar a possibilidade de escolha, enquanto o paternalista não-libertário está disposto a suprimir a escolha. Mas em todos os casos, a verdadeira questão é o custo de exercer uma escolha e aqui, há um contínuo, em vez de uma dicotomia rígida. Um paternalista libertário que seja especialmente entusiasta da livre escolha estaria inclinado a tornar relativamente pouco custoso para as pessoas obterem os seus resultados desejados. (Chamemos este de um paternalista *libertário*). Por outro lado, um paternalista libertário que seja especialmente confiante em seus juízos sobre o bem-estar, preservaria a liberdade de escolha, mas estaria disposto a impor custos reais para os trabalhadores e consumidores que desejarem fazer o que, na opinião do paternalista, não seria no seu melhor interesse. (Chamemos esse um *paternalista libertário*).

---

<sup>107</sup> Id.

<sup>108</sup> N.T.: Uma analogia com o *Save More Tomorrow*. Algo como, “Doe Mais Amanhã”, em que, ao invés de se promover a poupança, se promove a doação para caridade.

<sup>109</sup> Reconhecemos que um programa de *Give More Tomorrow* pode ser mais questionado que um de *Save More Tomorrow*. No caso deste, os recursos permanecem com o empregado, enquanto que naquele, os recursos vão para outra destinação, talvez para onde os empregadores preferam. Qualquer desenvolvimento de um plano de *Give More Tomorrow* deve contar com proteções contra favoritismos ou benefício próprio do empregador, assim como essas proteções seriam necessárias para prevenir o mesmo com relação à escolha dos fundos de investimento dos planos 401(k).

Rejeitando ambas as vias, um paternalista não-libertário tentaria impedir certas escolhas. Mas note que quase todas as tentativas nesse sentido seriam, na prática, uma imposição de altos custos sobre aqueles que tentassem fazer essas escolhas. Considere uma lei determinando que os motoristas usem o cinto de segurança. Se a lei é aplicada, e uma pesada multa é imposta, a lei é não-libertária, mesmo que determinados infratores possam exercer a sua liberdade de escolha - à custa da multa. Mas, conforme a multa for se aproximando de custar zero, a lei vai se aproximando do libertarianismo. O paternalismo libertário que estamos descrevendo e defendendo aqui, busca garantir, como regra geral, que as pessoas possam facilmente evitar a opção sugerida pelo paternalista.<sup>110</sup>

#### E. Exemplos e generalizações

Muitos dispositivos legais reais e possíveis incorporam o paternalismo libertário. Algumas dessas disposições exigem a divulgação de informações; algumas delas alteram a regra padrão; algumas delas preservam a liberdade de contratar, mas impõem restrições processuais ou substantivas sobre aqueles que buscam se mover em direções que pareçam ao planejador, contrárias ao seu bem-estar. Dividimos esta breve classificação em duas partes, a primeira lidando com o direito do trabalho, e a segunda lidando com os consumidores de forma geral.<sup>111</sup>

1. Trabalho e direito do trabalho. Sob o *Age Discrimination in Employment Act*<sup>112</sup> (ADEA), aos funcionários é permitida a renúncia aos seus direitos no momento da aposentadoria,<sup>113</sup> e, portanto, ao direito estatutariamente conferido - de não sofrer discriminação por idade - não rejeita o compromisso libertário com a liberdade de contratar. Mas se presume que o funcionário tem aquele direito a menos que tenha havido uma renúncia expressa “livre e consciente”.<sup>114</sup> Para garantir que a renúncia é livre e consciente, o ADEA impõe uma série de obstáculos procedimentais. Assim, a renúncia deve referir-se especificamente “a direitos ou pretensões decorrentes” do ADEA;<sup>115</sup> o funcionário deve ser aconselhado, por escrito, a consultar um advogado antes de executar o acordo;<sup>116</sup> ao empregado devem ser dados “pelo menos 21 dias para

---

<sup>110</sup> Não estamos, desta forma, tentando entrar no debate entre os paternalistas e antipaternalistas, apesar de, obviamente, boa parte da nossa discussão adentrar esse debate.

<sup>111</sup> Para um catálogo de sobreposições, ver CAMERER et al, 151 U Pa L Rev at 1224 (citado na nota 8).

<sup>112</sup> N.T.: Traduzida livremente como a “Lei Sobre Discriminação Etária no Trabalho”, uma espécie de lei trabalhista americana também chamada pelos autores sob o acrônimo ADEA.

<sup>113</sup> 29 USC 626(f)(1) (1994).

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> Id 626(f)(1)(B).

<sup>116</sup> Id 626(f)(1)(E).

que pense sobre o acordo”;<sup>117</sup> e o acordo deve prever um período mínimo de arrependimento de sete dias após sua execução.<sup>118</sup> O ADEA tem uma dimensão paternalista inequívoca na medida em que altera a regra padrão para favorecer o trabalhador e também cria um conjunto de barreiras processuais para renúncias insuficientemente informadas. Ao mesmo tempo, o ADEA vai além do inevitável paternalismo através dessas próprias barreiras, que aumentam significativamente os encargos para a renúncia. Mas o ADEA preserva a liberdade de escolha e, assim, satisfaz o critério libertário.

O direito do trabalho oferece muitos outros exemplos. O *Model Employment Termination Act*<sup>119</sup> altera a regra americana padrão sobre se os funcionários podem ser demitidos imotivadamente ou por qualquer motivo.<sup>120</sup> De acordo com o *Model Act*, os empregados podem ser demitidos apenas por justa causa.<sup>121</sup> Mas o *Model Act* está em conformidade com os princípios libertários ao permitir que os empregadores e empregados renunciem ao direito nos termos de um acordo, por meio do oferecimento de uma indenização pelo empregador em caso de demissão que não se baseie em baixa performance laborativa.<sup>122</sup> Esse pagamento deve ser constituído pelo valor de um salário por cada ano trabalhado.<sup>123</sup> Esta limitação na renúncia é substantiva e, nesse sentido, muito diferente da limitação processual no ADEA; nesse sentido é menos libertária do que poderia ser. Mas a liberdade de escolha continua a ser respeitada.

Uma importante previsão do *Fair Labor Standards Act*<sup>124</sup> pertence à mesma categoria.<sup>125</sup> Sob essa previsão, os empregados podem renunciar seus direitos de não trabalharem por mais de 40 horas por semana, mas somente a um valor determinado pelo governo (uma vez e meia o valor comum).<sup>126</sup> Aqui, assim como no *Model Act*, uma limitação substantiva é imposta aos direitos dos trabalhadores de se retirarem da regra padrão.

---

<sup>117</sup> 626(f)(1)(F)(i).

<sup>118</sup> Id 626 (f)(1)(G).

<sup>119</sup> N.T.: Lei americana sobre demissão de empregados, que pode ser traduzida livremente como “Lei Sobre as Formas de Terminação de Emprego”.

<sup>120</sup> Ver o *Model Employment Termination Act*, reimpresso em MARK A. ROTHSTEIN e LANCE LIEBMAN, *Statutory Supplement, Employment Law: Cases and Materials* 211 (Foundation 2003).

<sup>121</sup> Id número 3, a.

<sup>122</sup> Id número 4, c.

<sup>123</sup> Id.

<sup>124</sup> N.T.: Lei americana sobre a regulamentação justa dos parâmetros adotados em relações de trabalho.

<sup>125</sup> Ver 29 USC § 207(f) (2000).

<sup>126</sup> Id.

2. Proteção dos consumidores. Na lei de proteção dos consumidores, os exemplos mais óbvios de paternalismo libertário envolvem períodos “para refletir”<sup>127</sup> sobre determinadas decisões.<sup>128</sup> A lógica por trás é que, sob o calor do momento, os consumidores podem tomar decisões imprudentes ou impensadas. Tanto a racionalidade limitada quanto a falta de força de vontade são as preocupações em voga. Um período de arrependimento obrigatório para as vendas de porta em porta, do gênero aplicado pela Comissão Federal de Comércio em 1972,<sup>129</sup> é um exemplo simples. Sob as regras da Comissão, as vendas de porta em porta devem ser acompanhadas por declarações, por escrito, informando aos compradores do seu direito de se arrependerem das compras dentro de três dias úteis.<sup>130</sup> Alguns estados também impõem prazos obrigatórios de espera antes que se possa conseguir a decretação de um divórcio.<sup>131</sup> Poderíamos facilmente imaginar restrições semelhantes sobre a decisão de se casar e, alguns estados se moveram nesta direção, também.<sup>132</sup> Conscientes de que as pessoas podem agir impulsivamente ou de uma forma que vão se arrepender, os reguladores não impedem as suas escolhas, mas garantem um período para a reflexão séria. Note, neste propósito, que os prazos de reflexão obrigatórios fazem muito sentido, e tendem a ser impostos quando estiverem reunidas duas condições: (1) as pessoas estarem tomando decisões que elas tomam com pouca frequência e sobre as quais, portanto, não possuem uma vasta experiência e (2) as emoções estarem provavelmente correndo soltas. Essas são as circunstâncias - de racionalidade e autocontrole limitados, respectivamente - em que os consumidores estão particularmente propensos a fazer escolhas das quais vão se arrepender.

3. Generalizações. Estamos agora em posição de categorizar um conjunto diversificado de intervenções paternalistas: paternalismo mínimo, escolhas ativas forçadas, entraves procedimentais e restrições substantivas.

a) *Paternalismo mínimo*. Paternalismo mínimo é aquela forma de paternalismo que ocorre sempre que um planejador (privado ou público) constrói uma regra padrão ou ponto de partida com o objetivo de influenciar o comportamento. Contudo que não

<sup>127</sup> N.T.: No original “cooling-off” periods, ou, literalmente, períodos para refrescar. O termo é muito utilizado para momentos em que a pessoa precisa se acalmar ou relaxar.

<sup>128</sup> Ver discussão valiosa em CAMERER et al., et al, 151 U Pa L Rev at 1240-42 (citado na nota 6).

<sup>129</sup> 16 CFR 429.1(a) (2001).

<sup>130</sup> Id.

<sup>131</sup> Ver, por exemplo, o *Cal Fam Code 2339* (a) (determinando um período de espera de seis meses para que a decretação de divórcio seja definitiva); *Conn Gen Stat 46b67*(a) (determinando um período de espera de noventa dias até que o juiz possa prosseguir com a ação de divórcio). Para uma discussão geral, ver ELIZABETH SCOTT, *Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce*, 76 *Va L Rev* 9 (1990).

<sup>132</sup> Ver CAMERER et al. 151 U Pa L Rev at 1243 (citado na nota 8) (citando estatutos estaduais que “forçam as pessoas que desejam se casar a aguardarem um curto período de tempo antes que saia sua licença para que possam fazê-lo”).



haja custo, ou que quase não haja custo, para afastar-se do plano padrão, o paternalismo mínimo é maximamente libertário. Esta é a forma de paternalismo que descrevemos como inevitável.

b) *Escolhas ativas forçadas*. Sem saber quais escolhas promoverão o bem-estar, um planejador pode rejeitar os planos padrão ou pontos de partida integralmente, e forçar as pessoas a, explicitamente, tomarem decisões (o que descrevemos como a estratégia de escolhas ativas forçadas). Essa abordagem encontra analogia em regras sobre a explicitação de informações, no direito dos contratos, destinadas a dar às partes contratantes um forte incentivo para falarem o que desejarem.<sup>133</sup> Na medida em que esses planejadores forçam as pessoas, querendo ou não, a escolher, há uma dimensão paternalista para suas ações. (“Escolher é bom, tanto para a liberdade, quanto para o bem-estar”, eles parecem pensar, independente de se as pessoas concordam com eles!). Pensamos que o a discussão sobre se obrigar a escolher ou não se baseia muito nas consequências de bem-estar.

c) *Entraves procedimentais*. Uma forma um pouco mais agressiva de paternalismo ocorre quando o plano padrão é acompanhado de restrições procedimentais, destinadas a garantir que qualquer alteração seja totalmente voluntária e inteiramente racional. Quando restrições procedimentais são impostas, há um custo em afastar-se do plano padrão. A extensão do custo e a agressividade do paternalismo vão, naturalmente, variar de acordo com a extensão das restrições. A justificativa para as restrições dependerá de se há graves problemas de racionalidade e autocontrole limitados; em caso afirmativo, as restrições são justificadas, não pelo fato de o planejador não concordar com as escolhas das pessoas, mas porque as características identificáveis da situação tornam provável que as escolhas serão defeituosas. Essas características podem incluir áreas desconhecidas, falta de experiência e risco de impulsividade. O *Age Discrimination in Employment Act* é o nosso principal exemplo aqui.

d) *Restrições substantivas*. Alternativamente, um planejador pode impor restrições substantivas, permitindo que as pessoas rejeitem o arranjo padrão, mas não de qualquer forma que escolherem. Nesta abordagem, o planejador seleciona os termos ao longo dos quais as partes serão autorizadas a se desviar em direção a suas preferências. O *Model Employment Termination Act* e o *Fair Labor Standards Act* são exemplos. A extensão da partida do libertarianismo será uma função da diferença entre os termos

---

<sup>133</sup> Ver IAN AYRES e ROBERT GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* 87 (1989).

legalmente previstos e os termos que as partes, de forma distinta, acordarem. Aqui também, a justificação para a restrição se baseia na racionalidade e no autocontrole limitados.

e) *A linha tênue.* Um planejador pode rejeitar a liberdade de escolha sob o fundamento de que, aqueles que rejeitarem o plano padrão, vão cometer um erro sempre ou quase sempre. Tal planejador imporá custos significativos sobre aqueles que se desviarem do padrão. Como já dissemos, há uma linha tênue entre os paternalistas não-libertários e os paternalistas libertários que impõem altos custos procedimentais ou substantivos sobre aqueles que rejeitam o plano padrão. Quase sempre, o paternalismo não-libertário permitirá aos optantes, sob pena de algum ônus, a possibilidade de rejeitarem o curso de ação proposto. Aqueles que são obrigados a usar capacetes de motocicletas podem decidir correr o risco de serem penalizados, e cumprir a penalidade, se for o caso. Empregadores e empregados podem concordar com um salário abaixo do piso obrigatório e arriscar sofrer as sanções, se forem apanhados. Neste sentido particular, as penalidades são sempre preços.

### **III. Como escolher: a caixa de ferramentas do paternalista libertário**

Como devem os planejadores sensatos escolher entre os possíveis sistemas, sendo que alguma escolha é necessária? Sugerimos duas abordagens para este problema. Se factível, uma comparação entre as possíveis regras deve ser feita através de um formulário de análise de custo-benefício, um que seja muito atento ao bem-estar. Em muitos casos, no entanto, tais análises serão demasiadamente difíceis e caras. Como alternativa, oferecemos algumas regras de ouro que podem ser adotadas para escolher entre as alternativas. Em geral, faz sentido experimentar com abordagens possíveis para identificar as consequências para cada escolha e possibilidade. Temos insistido sobre os planos de inscrição automática e o *Save More Tomorrow* porque estudos têm sugerido que ambos têm bastante potencial. Em outras áreas, os planos provavelmente serão propostos levando em conta informações altamente imperfeitas; mais dados têm o condão de revelar muito mais. Programas de grande escala são mais justificáveis se repetidas experiências tenham demonstrado que eles realmente funcionam.

#### **A. Custos e benefícios**

O objetivo de um estudo de custo-benefício seria medir todos os desenlaces de qualquer tipo de escolha. No contexto em questão, o estudo de custo-benefício não pode ser

baseado na disposição para pagar (DPP), porque a DPP será uma função da regra padrão.<sup>134</sup> Deve ser feita uma avaliação mais flexível (e, inevitavelmente mais subjetiva, de certa forma) das consequências sobre o bem-estar. Para ilustrar, vejamos o exemplo da inscrição automática. Sob a inscrição automática, alguns funcionários que não o fariam de outra forma, vão aderir ao plano. Presumivelmente, alguns serão beneficiados (especialmente se houver um *match* do empregador), mas alguns podem ser colocados em situação pior (por exemplo, aqueles que sofrem grandes restrições de liquidez). A análise de custo-benefício buscaria avaliar esses ganhos e perdas.

Se o problema fosse apenas a inscrição, pensamos ser altamente provável que os ganhos excederiam as perdas. Por causa do direito de optar por se retirar, aqueles que precisarem de dinheiro com urgência podem tê-lo. E, em abstrato, é possível comparar os custos de reduzir o consumo atual e os benefícios do aumento do consumo durante a aposentadoria, embora isso seja difícil de fazer na prática. Também é possível perceber alguns dados por meio das escolhas de bem-estar. Por exemplo, a maioria dos empregados acaba aderindo ao plano e pouquíssimos empregados optam por se retirar nos casos da inscrição automática.<sup>135</sup> Esses fatos sugerem que, ao menos em média, a regra padrão da inclusão automática das pessoas no plano acelera a aderência das pessoas, e que a maioria das pessoas fica satisfeita em ter aderido.

Alguns leitores podem questionar que a nossa crença no comportamento como uma indicação de bem-estar é inconsistente com uma das afirmações centrais do presente artigo, de que as escolhas não necessariamente coincidem com o bem-estar. Mas não há nenhuma inconsistência. Comparemos as regras que exigem períodos obrigatórios “para refletir”. A premissa dessas regras é a de que as pessoas são mais propensas a fazer boas escolhas, uma vez que tenham tempo para pensar com cuidado e sem um vendedor presente. No mesmo sentido, é razoável pensar que, se ao refletirem, os trabalhadores perceberem que foram “enganados” de modo a pouparem demais, eles poderão tomar as atitudes para optarem se retirar. O fato de que muito poucos participantes optem por se retirar suporta (embora não prove) a alegação de que eles são beneficiados por um sistema que facilita a inscrição.

Uma vez que os outros efeitos da inscrição automática são considerados, a análise torna-se menos clara. Qualquer plano para a inscrição automática deve incluir uma

---

<sup>134</sup> Ver KAHNEMAN, KNETSCH, e THALER, 5 J Econ Persp at 202-03 (citado na nota 50). Ver também KOROBKIN, 83 Cornell L Rev at 636-41 (citado na nota 21). Para uma discussão sobre a variação de DDP de empregados sobre dias de férias, ver os textos acompanhando as notas 60 -65.

<sup>135</sup> Ver CHOI, et al, *Defined Contribution Pensions* p.78 (citado na nota 3); MADRIAN e SHEA, 116 Q J Econ at 1158-61 (cited in note 3).

taxa de poupança padrão especificada. Alguns dos automaticamente inscritos em uma taxa de poupança de três% - um padrão comum de inscrição automática - teriam preferido uma taxa mais elevada, se dependesse deles.<sup>136</sup> Se a inscrição automática leva algumas, ou muitas pessoas a poupar um percentual menor do que elas escolheriam, o plano pode ser questionável por esse motivo. Por isso, estamos menos confiantes que esta análise mais completa de custo-benefício suportaria esse sistema de *opt-out*, embora uma taxa de poupança mais elevada poderia, muito bem, fazê-lo, e um plano mais sofisticado, evitando algumas dessas armadilhas, é discutido abaixo.

Dilemas similares estão envolvidos em outra questão importante: a regra padrão apropriada para doação de órgãos. Em muitas nações - Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Luxemburgo, Noruega, Cingapura, Eslovênia e Espanha - presume-se o consentimento das pessoas para que seus órgãos sejam utilizados, após a morte para o benefício dos outros; mas elas são autorizadas a ilidir a presunção, geralmente através de uma anotação explícita para esse efeito em suas carteiras de motorista.<sup>137</sup> Nos Estados Unidos, por outro lado, aqueles que desejam disponibilizar os seus órgãos para outros devem afirmativamente dizê-lo, também através de uma anotação explícita em suas carteiras de motorista. O resultado é que, nas nações com o “consentimento presumido”, mais de 90% das pessoas disponibilizam seus órgãos para doação, enquanto que nos Estados Unidos, onde as pessoas precisam praticar ações para disponibilizar seus órgãos, apenas 28% decidem por fazê-lo.<sup>138</sup> Nossa crença é que essa diferença dramática não é um produto de profundas diferenças culturais, mas do efeito assombroso da regra padrão. A partir daí, poderíamos prever que uma regra padrão de *opt-out* como a dos europeus produziria, nos Estados Unidos, taxas de doação similares às dos países europeus. Note-se, nesse sentido, que de acordo com uma pesquisa, mais de 85% dos americanos apoiam a doação de órgãos — uma estatística que sugeriria que os *opt-outs* seriam relativamente poucos.<sup>139</sup>

Um estudo recente apoia fortemente essa previsão.<sup>140</sup> Sugerindo que as preferências são construídas por enquadramentos sociais, Johnson e Goldstein insistem que, em

<sup>136</sup> Ver CHOI, et al, *Defined Contribution Pensions* p.78 (citado na nota 3).

<sup>137</sup> Ver <http://www.presumedconsent.org/solutions.htm> (acesso em 6 de setembro de 2003).

<sup>138</sup> Id (reportando as taxas de *opt-out* nas nações de consentimento presumido); JEAN KADOOKA MARDFIN, *Heart and Soul: Anatomical Gifts for Hawaii's Transplant Community* 5, Hawaii Legislative Reference Bureau Report No 3 (1998), disponível em <http://www.state.hi.us/lrb/rpts98/soul.pdf> (acesso em 20 de novembro de 2003) (expondo os resultados de uma pesquisa de 1993 que perguntou se os americanos “havam dado permissão para a doação de órgãos em suas carteiras de motoristas ou carteiras de doação de órgãos”).

<sup>139</sup> Ver <http://www.presumedconsent.org/solutions.htm> (acesso em 6 de setembro de 2003).

<sup>140</sup> Ver ERIC J. JOHNSON e DANIEL GOLDSTEIN, *Do Defaults Save Lives?* (trabalho em progresso, não publicado, Center for Decision Sciences, Columbia University, 2003).

relação à doação de órgãos, as pessoas não têm preferências estáveis e que as suas decisões são muito influenciados pela regra padrão.<sup>141</sup> Uma experiência controlada *online* mostrou um efeito substancial da regra padrão: o sistema de *opt-in* criou uma taxa de consentimento de 42%, quase metade dos 82% obtidos pelo sistema *opt-out*. As evidências do mundo real são ainda mais dramáticas. Nações com o consentimento presumido mostram taxas de consentimento que variam de um mínimo de 85,9% (Suécia) para um máximo de 100% (Áustria), com uma mediana de 99%.<sup>142</sup> O padrão também produz um aumento significativo, embora menos dramático, das doações efetivas, o que significa que muitas pessoas são salvas como resultado do sistema do consentimento presumido.<sup>143</sup> Há razões para acreditar que, nos Estados Unidos, uma alteração na regra padrão poderia salvar milhares de vidas.

As regras padronizadas para a doação de órgãos não se encaixam na definição usual de paternalismo. A questão se relaciona com o bem-estar de terceiros, e não do optante. Aqui nós estamos falando, não de paternalismo libertário, mas de benevolência libertária: uma abordagem que tenta promover a benevolência e ajudar as pessoas vulneráveis, sem qualquer forma de comportamento obrigatório. Sugerimos que as mudanças nas regras padronizadas, ou a implantação de um sistema de *Give More Tomorrow*, poderiam produzir um grande aumento na assistência mútua pública - e que tais abordagens poderiam fazê-lo de uma forma que dispensa a coerção. No que diz respeito ao comportamento, a análise da benevolência libertária é bastante semelhante à do paternalismo libertário. Uma das vantagens dessa análise é a demonstração de que, quando os interesses de terceiros estão em jogo, a regra padrão importa muito. Percebe-se que os planejadores, muitas vezes, podem proporcionar benefícios significativos a terceiros, não coagindo a escolha, mas alterando a regra padrão. No caso da doação de órgãos, isto é o que observamos.

Será que uma ou outra regra padrão promove o bem-estar? À primeira vista, a regra de *opt-out* europeia parece muito melhor, simplesmente porque deve salvar um grande número de vidas, sem comprometer qualquer outro valor importante. O máximo que pode ser dito contra a regra de *opt-out* é que, através de inércia, pressão social sentida, ou confusão, algumas pessoas podem acabar doando seus órgãos quando, considerando todos os aspectos, elas prefeririam não fazê-lo, ao menos previamente. (As suas

---

<sup>141</sup> Id na 2.

<sup>142</sup> Id na 7, ilustração 2.

<sup>143</sup> Id na 8-9. Muitos fatores determinam como os órgãos são disponibilizados e utilizados para transplantes. A infraestrutura de transplantes é muito importante e menos órgãos serão disponibilizados se os familiares e herdeiros tiverem o poder de vetar os transplantes, mesmo sob o regime de consentimento presumido. Johnson e Goldstein estimam que a alteração para um Sistema de *opt-out* aumentaria as doações efetivas de órgãos em 16%, mantendo as demais peculiaridades constantes.

preferências de posteriormente são difíceis de inferir)! Se essa ressalva (ou alguma outra)<sup>144</sup> parece forte, uma alternativa seria adotar a abordagem da escolha ativa forçada — por exemplo, exigir, no momento do pedido de emissão das carteiras de motorista, que os requerentes indiquem se querem permitir que seus órgãos sejam utilizados em benefício de outros. Nós vemos apenas dois problemas sobre este exemplo. Em primeiro lugar, a questão avaliativa dificultaria em grande parte as observações empíricas dos tipos que seriam possíveis e úteis de se investigar. Em segundo lugar, é improvável que a abordagem de *opt-in* seja a melhor.<sup>145</sup>

## B. Regras de Ouro

Em muitos casos, o planejador não será capaz de questionar diretamente o bem-estar, ou porque muito pouca informação está disponível, ou porque os custos de se fazer a análise não são disponibilizados. O antipaternalista fervoroso poderia dizer, em tais casos, que as pessoas devem simplesmente poder escolher como bem entenderem. Esperamos ter dito o suficiente para mostrar por que essa resposta não é apropriada. O que as pessoas escolhem muitas vezes depende do ponto de partida, e, portanto, o ponto de partida não pode ser selecionado ao analisar o que as pessoas escolhem. Nestas circunstâncias, o paternalismo libertário iria procurar formas indiretas para o bem-estar — métodos que testariam se uma ou outra abordagem promove o bem-estar, sem depender de conjecturas pouco confiáveis sobre essa pergunta. Sugerimos três métodos possíveis.

Primeiro, o paternalismo libertário pode selecionar a abordagem *que a maioria iria escolheria se suas escolhas explícitas fossem requeridas e reveladas*. No contexto do direito dos contratos, esta é a questão mais comum na seleção das regras padronizadas<sup>146</sup> — previsões que regem as disposições contratuais na ausência de manifestação expressa das partes. Por mais útil que seja, esta abordagem imitando as práticas de mercado, levanta alguns problemas. Possivelmente, as escolhas da maioria não são suficientemente informadas, ou são um reflexo de racionalidade ou autocontrole limitados. Talvez essas escolhas não possam, na verdade, promover o bem-estar da maioria. Ao menos como uma presunção, no entanto, faria sentido seguir essas escolhas se o planejador soubesse quais são. Um problema mais profundo é que

<sup>144</sup> É concebível que o cuidado de um paciente com doença terminal possa ser sacrificado a fim de se obterem seus órgãos, mas nenhuma evidência sugere que isso é um risco sério.

<sup>145</sup> Segue-se desse exemplo que se os planejadores públicos ou privados desejassem aumentar as doações de caridade, eles poderiam facilmente fazê-lo ao simplesmente criarem deduções para esse fim. Mesmo se os trabalhadores optarem por se retirar, planejadores espertos poderiam facilmente assegurar um nível de doações muito mais alto.

<sup>146</sup> Ver, por exemplo, AYRES e GERTNER, 99 Yale L J at 90-91 (citado na nota 134).

as escolhas da maioria podem ser, elas mesmas, uma função do ponto de partida ou da regra padrão. Se assim for, o problema da circularidade condena a abordagem que imita as práticas de mercado. Mas, em alguns casos, pelo menos, a maioria pode se comportar de uma forma ou de outra, independentemente do ponto de partida; e, nesses casos, tal estratégia seria viável. Lembremos que no exemplo da cafeteria, algumas opções não se encaixariam com as escolhas prévias da maioria (comida saudável, porém com o sabor horrível) e que no da poupança, algumas alocações certamente violariam as escolhas dos trabalhadores comuns (por exemplo, uma reserva de 30% ou mais para a poupança). Na verdade, um entendimento claro das escolhas da maioria pode muito bem apoiar uma regra padrão que respeite essas escolhas, mesmo que o planejador acredite que uma análise sobre o bem-estar apoiaria outra regra. No mínimo, os planejadores deveriam ser obrigados a ter verdadeira confiança em seu julgamento, se eles estiverem considerando fazer algo diferente do que a maioria suficientemente informada acreditaria ser do seu interesse.

Em segundo lugar, o paternalismo libertário poderia selecionar a abordagem que temos denominado de escolhas ativas forçadas, *que forçaria as pessoas a explicitarem as suas escolhas*. Esta abordagem pode ser escolhida se a estratégia que imita as práticas de mercado falhar, seja por causa do problema da circularidade ou porque o planejador não sabe qual abordagem seria, de fato, a escolhida pela maioria. Vimos a possibilidade de escolhas forçadas no contexto dos planos de aposentadoria e de doações de órgãos; seria fácil apontar mais exemplos. No direito dos contratos, os tribunais, por vezes, estabelecem “penalidades padrão” - regras padronizadas que penalizariam a parte em melhor posição a obter um esclarecimento sobre a questão em apreço, e, portanto, cria um incentivo para maior transparência por parte da pessoa que estiver na condição de vantagem de produzir tal esclarecimento.<sup>147</sup> O paternalismo libertário pode ir pelo mesmo caminho; de fato, penalidades padrão podem ser vistas como uma forma de paternalismo libertário.

Também aqui, no entanto, há um risco de que as escolhas que são efetivamente tomadas sejam inadequadamente informadas ou não possam promover o bem-estar. No caso dos planos de aposentadoria, por exemplo, percebeu-se que as escolhas forçadas produziram taxas de participação mais elevadas do que as que requeriam o *opt-in*, mas taxas inferiores aos que necessitavam de *opt-out*.<sup>148</sup> Se é provável que a inscrição automática promove o bem-estar das pessoas, talvez esta deva ser preferida

---

<sup>147</sup> Ver em 101 - 06 (oferecendo exemplos do uso de penalidades padrão).

<sup>148</sup> Ver nota 56 e texto lá indicado.

sobre as escolhas ativas forçadas. A única sugestão é que, quando os planejadores sociais estiverem inseguros sobre como lidar com a questão do bem-estar, eles podem elaborar uma estratégia que requer que as pessoas escolham.

Em terceiro lugar, o paternalismo libertário pode selecionar a abordagem *que minimize o número de opt-outs*. Suponhamos, por exemplo, que, quando se presume que os motoristas queiram doar seus órgãos para outras pessoas, apenas 10% optem por se retirar - mas que, quando os motoristas são obrigados a assinalar a sua vontade de doar seus órgãos, 30% optem por se inscrever. Essa é uma análise posterior sobre as preferências das pessoas, em contraste com a abordagem prévia favorecida pela estratégia de imitação das práticas de mercado. Com esses números, há razão para pensar que a presunção em favor da doação de órgãos é melhor, mesmo se apenas pelo fato de que mais pessoas são suficientemente propensas a manter tal opção.

#### IV. Quantas opções devem ser oferecidas?

A Suécia adotou recentemente uma privatização parcial do seu sistema de seguridade social em linhas semelhantes às que têm sido sugeridas para os Estados Unidos: 2,5% do imposto sobre os salários é investido em contas individuais.<sup>149</sup> Os criadores deste plano tomaram duas decisões que acreditamos que receberiam a aprovação da maioria dos antipaternalistas. Primeiramente, todos os gestores financeiros que cumprissem certas condições fiduciárias, poderiam incluir seus fundos entre os oferecidos aos participantes.<sup>150</sup> Em segundo lugar, apesar de uma carteira de investimentos padrão ter sido designada para aqueles que não selecionassem para si mesmos, aos participantes seria fortemente recomendado (via uma campanha publicitária poderosa) que se evitasse tal padrão e, ao invés, se selecionassem portfólios próprios.<sup>151</sup> Como resultado destas duas situações, apareceram 456 fundos no plano, e a maioria dos suecos fez ativamente suas próprias escolhas.<sup>152</sup> É muito cedo para julgar quão bem os participantes fizeram a escolha de seus portfólios, mas sabemos que o maior percentual de mercado (cerca de 4%) foi investido em um fundo que investia principalmente em

<sup>149</sup> Ver GORAN NORMANN e DANIEL J. MITCHELL, *Pension Reform in Sweden: Lessons for American Policymakers*, *Heritage Foundation Backgrounder No 1381*, 1 (Ver N. Anders Klevmarken, *Swedish Pension Reforms in the 1990s* 8, online at [http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002\\_6.pdf](http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002_6.pdf) (visited Apr 10, 2003) (“The goal of the system architects was to give the contributors as great flexibility as possible in choosing among many different funds.”).2000), disponível em <http://www.heritage.org/Research/SocialSecurity/bg1381.cfm> (acesso em 25 de setembro de 2003).

<sup>150</sup> Ver N. ANDERS KLEVMARKEN, *Swedish Pension Reforms in the 1990s* 8, disponível em [http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002\\_6.pdf](http://www.nek.uu.se/Pdf/wp2002_6.pdf) (acesso em 10 de abril de 2003) (“O objetivo dos criadores do sistema foi oferecer aos contribuintes a maior flexibilidade possível na escolha dos fundos”).

<sup>151</sup> Id na p. 7.

<sup>152</sup> Id (informando que “67% das pessoas fez uma escolha ativa”).



ações de empresas de tecnologia — ações que haviam subido muito num passado recente.<sup>153</sup>

A experiência sueca também fornece uma lição acerca da alternativa das escolhas ativas forçadas. Nesse caso, os participantes foram simplesmente encorajados a escolher para si. Mas suponhamos que eles fossem forçados a fazer sua própria escolha; será que isso acarretaria uma melhora? Pensamos que não. Geralmente, quanto mais complexa for a decisão, menos atraente será forçar as pessoas a escolherem por si próprias, ao contrário de se ter a opção de escolher ou não e receber uma opção padrão que foi selecionada com algum cuidado.

Nós delineamos a experiência sueca para ilustrar uma questão mais geral: quanta escolha deve ser dada às pessoas? Os paternalistas libertários querem promover a liberdade de escolha, mas não desejam fornecer opções ruins, e dentre o conjunto de escolhas razoáveis, eles não precisam argumentar que mais é necessariamente melhor. Na verdade, esse argumento nem seria plausível em muitos contextos. Com relação aos planos de poupança, será que seria útil oferecer centenas de milhares de opções? Milhões? Trinta anos atrás, a maioria dos acadêmicos tinha apenas duas opções de investimento em seu plano de aposentadoria. Agora, a maioria das universidades oferece mais de uma opção e, muitas vezes, dezenas, se não centenas de fundos dentre os quais se pode escolher. Alguns dos planos mais relevantes, projetados para serem facilmente compreensíveis, parecem incrivelmente complicados, mesmo para acadêmicos moderadamente bem informados (um de nós fala por experiência pessoal). Será que os participantes ganham com este aumento no número de opções? Em uma análise econômica padrão esta não é nem uma questão. É um axioma básico da teoria da escolha racional, isto é, que mais opções não podem colocar as pessoas em situação pior (pelo menos abstraindo-se os custos de tomada de decisão). Mas uma análise completa, consubstanciada por pesquisa sobre a psicologia da tomada de decisões, é mais complicada. Certamente é *possível* que 456 opções sejam mais do que o número ideal de fundos para oferecer em um sistema de contas individuais. De fato, um estudo recente conclui que, quando os planos de 401(k) oferecem mais possibilidades de

---

<sup>153</sup> Ver o *site* da agência que controla os fundos do programa de pensionamento sueco, disponível em <http://www.ppm.nu/tpp/infodocument/1:1;218,200322> (acesso em 26 de junho 2003). Para baixar as estatísticas sobre alocações, seguir o *link* “Valresultat 2000”. As estatísticas apresentadas indicam que 4% do mercado estava alocado em Robur Contura, um fundo que investe em pesquisa e desenvolvimento e campos tais quais informações tecnológicas e farmacêuticas. Ver também o *site* da Robur Contura, disponível em <http://www.robur.org/fonder/fondfliki.asp?strName=CON> (Acesso em 26 junho de 2003).

escolha, os participantes demoram mais a participar, talvez porque se sintam confusos pelo número de escolhas e acabem procrastinando.<sup>154</sup>

É muito além de nossa ambição nos aventurar aqui em uma análise completa da questão sobre quanta escolha oferecer aos indivíduos em diversos escopos.<sup>155</sup> Em vez disso, identificamos algumas questões que um paternalista libertário poderia perguntar para determinar o quanto de escolha seria razoável oferecer. Qualquer libertário obviamente preferiria reduzir a frequência e a gravidade dos erros e dos custos de tomada de decisões. Se uma abordagem aumenta os custos de decisão para os optantes, há menos razões para adotá-la e ela deve ser selecionada somente se puder corresponder às escolhas ao bem-estar. Se uma abordagem aumenta os erros e seus custos, levando as pessoas a fazerem escolhas que não promovem o seu bem-estar, este é um ponto forte contra ela. Nós agora traçamos algumas considerações que podem ajudar a responder à questão de saber se mais opções aumentariam os custos dos erros e de decisões.

#### **A. Será que os optantes possuem preferências informadas?**

Em algumas áreas, os consumidores e os trabalhadores são altamente informados - tanto que eles nem mesmo poderão ser influenciados pelas regras padronizadas. A maioria dos adultos já adquiriu experiência suficiente ao longo de sua vida para ter uma boa noção de quais sabores de sorvete prefere. Eles conseguem fazer boas escolhas até mesmo em uma loja que ofereça dezenas de sabores. Se a opção padrão fosse sorvete de aspargos, seria pouco provável que essas pessoas o escolhessem, podendo ainda ficar bem incomodadas. Mas quando confrontadas com um cardápio listando vários alimentos desconhecidos em um país estrangeiro, as pessoas podem não se beneficiar ao precisarem escolher entre eles e podem preferir uma pequena lista, ou pedir ao garçom uma sugestão básica (por exemplo, de que outros turistas gostam?). Restaurantes inteligentes que recebem turistas muitas vezes oferecem um “menu turístico”. Muitas opções no mundo real estão localizadas em um espectro entre os polos de sabores de sorvete e menus estrangeiros. Quando as informações são limitadas, inúmeras opções aumentam os custos de decisão sem aumentar a probabilidade de precisão. Mas quando os optantes são altamente informados,

---

<sup>154</sup> Ver SHEENA S. IYENGAR, WEI JIANG, e GUR HUBERMAN, *How Much Choice Is Too Much?: Determinants of individual contributions in 401(k) retirement plans?* In OLIVIA S. MITCHELL e STEPHEN P. UTKUS, eds, *Developments in Decision-Making under Uncertainty: Implications for Retirement Plan Design and Plan Sponsors* (a ser publicado).

<sup>155</sup> Para uma discussão interessante, ver GEORGE LOEWENSTEIN, *Costs and Benefits of Health- and Retirement-Related Choice*, in *Social Security and Medicare: Individual vs. Collective Risk and Responsibility* (SHEILA BURKE et al. eds. 2000); GERALD DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy* 62-81 (Cambridge 1988).

inúmeras opções diminuem a probabilidade de erro e não aumentam muito os custos de decisão, simplesmente porque optantes informados podem navegar pelo cardápio de opções mais facilmente.

### **B. Será que a transformação de opções em preferências é transparente?**

Se pedirmos uma casquinha de sorvete de café, temos uma boa noção do que vamos consumir. Se investirmos US\$ 10.000 em uma variedade de fundos mútuos, temos pouca noção (sem o auxílio de um software sofisticado) sobre o que uma alteração no portfólio pode causar a nossos retornos esperados de aposentadoria. Quando escolhemos entre planos de saúde, podemos não compreender completamente todas as ramificações da nossa escolha. Se eu pegar uma doença rara, será que vou ter acesso a um bom especialista? Quanto tempo terei que esperar na fila? Quando as pessoas têm dificuldade em prever como as suas escolhas vão acabar afetando suas vidas, elas têm menos a ganhar com inúmeras opções. Se já é difícil transformar opções em preferências, é provável que um grande conjunto de opções gere uma dificuldade de compreensão para as pessoas, aumentando os custos de decisão sem aumentar o bem-estar por meio da redução de erros.

### **C. Quanto será que as preferências variam entre indivíduos?**

Algumas pessoas fumam, outras odeiam o cheiro de cigarro. Algumas pessoas gostam de colchões duros, outras preferem os macios. Como podem os hotéis lidar com esses problemas? A maioria opta por atender às diferenças de preferência com relação ao cigarro, mas não no que diz respeito aos colchões. O colchão que satisfaça o cliente médio de hotéis daquele tipo parece ser suficientemente bom para satisfazer a maioria dos clientes, mas a possibilidade de um quarto com cheiro de cigarro (ou a de uma noite sem poder fumar) é suficiente para espantar a clientela. Aqui está um caso em que muitas pessoas têm preferências tão bem formadas que são mais poderosas que as regras padronizadas. Muitos planejadores, tanto privados como públicos, devem fazer concessões semelhantes. Já que oferecer escolhas é custoso, os planejadores sensatos disponibilizam várias opções para quando as preferências variam mais. O argumento para um grande conjunto de opções é, portanto, mais forte nos casos de preferências claras e heterogêneas. Em tais casos, o bem-estar das pessoas é mais provável de ser promovido se cada um puder escolher como lhe aprouver, e a homogeneidade poderá levar à imprecisão e ao aumento dos custos de erro.

### **D. Será que os consumidores valorizam a possibilidade de escolher em si mesma?**

A liberdade de escolha é, ela própria, um ingrediente do bem-estar. Em algumas situações, o bem-estar deriva do próprio ato de escolha. Mas às vezes é uma tarefa árdua ter que escolher,<sup>156</sup> e os gostos podem variar entre indivíduos. (Um de nós dois encontra prazer na leitura e escolhe a partir de um cardápio de vinhos, enquanto o outro acha esse processo basicamente intolerável). Um exemplo mais sério vem de evidências de que muitos pacientes não desejam tomar decisões médicas complexas e prefeririam que os médicos escolhessem por eles.<sup>157</sup> O ponto depende muito da decisão entre forçar escolhas explícitas ou, ao invés, adotar uma regra padrão que reflita o que a maioria deseja. Se fazer escolhas é, em si, um bem subjetivo, o argumento a favor das escolhas forçadas é fortalecido. Mas na maior parte do tempo, especialmente em áreas técnicas, as pessoas não apreciam o processo de escolha, e um grande número de opções vira um fardo. Em contrapartida, uma regra padrão cuidadosamente selecionada, direcionando-as em direções sensatas, é uma bênção.

## V. Objeções

Os argumentos a favor do paternalismo libertário nos parecem convincentes, até mesmo óbvios, mas suspeitamos que a linha-dura antipaternalista, e possivelmente outras pessoas, encontrarão objeções. Nós respondemos a três possíveis objeções aqui.

A primeira objeção é que, ao defendermos o paternalismo libertário, estaremos abrindo precedentes que podem descer ladeira abaixo. Uma vez que se concede a possibilidade de que as regras predefinidas para poupança ou filas da cafeteria devem ser concebidas de modo paternalista, pode parecer impossível resistir a intervenções altamente não libertárias. Os críticos podem gerar ataques violentos ao que lhes parecem ser formas inaceitavelmente invasivas de paternalismo, desde a exigência de que motociclistas usem capacetes, a períodos de espera obrigatórios antes de compras feitas por consumidores, a proibição de fumar cigarro, a reformas intrusivas de todos os tipos imagináveis no sistema de saúde. Em face do risco de exageros, será que não seria melhor nem começar a descer a ladeira?

---

<sup>156</sup> Assim, a associação entre escolhas e bem-estar é duplamente contingente: escolhas podem ou não promover o bem-estar, e escolhas podem ou não ser ingredientes do bem-estar. Estamos deixando de lado a associação entre a liberdade de escolha e a autonomia, ver nota 25, e focando aqui no número de opções a serem oferecidas. Para demonstrar que, às vezes, as pessoas preferem que alguém tome decisões por elas, ver JEAN BREATTIT, et al, *Psychological Determinants of Decision Attitude*, 7 *J Behav Dec Making* 129, 131-32 (1994).

<sup>157</sup> Ver CARL SCHNEIDER, *The Practice of Autonomy: Patients, Doctors, and Medical Decisions* 35-46 (Oxford 1998).

Há três respostas. A primeira é que, em muitos casos, simplesmente não há alternativa viável ao paternalismo em seu sentido mais fraco e, portanto, os planejadores são forçados a dar alguns passos pela ladeira. Recorde-se que o paternalismo, sob a forma de efeitos sobre o comportamento, é frequentemente inevitável. Em tais casos, não se pode evitar a caminhada nessa direção. Em segundo lugar, a condição libertária, exigindo direitos de *opt-out*, deixa a ladeira menos íngreme. Enquanto as intervenções paternalistas possam ser facilmente evitadas por aqueles que buscarem adotar um comportamento próprio, os riscos enfatizados pelos antipaternalistas são mínimos. Em terceiro lugar, aqueles que se utilizam do argumento da “ladeira abaixo” estão reconhecendo a existência de um problema de autocontrole, pelo menos no que concerne aos planejadores. Mas se os planejadores, incluindo os burocratas e os gestores de recursos humanos sofrem de problemas de autocontrole, então é altamente provável que as outras pessoas também sofram.<sup>158</sup>

Um segundo e diferente tipo de objeção é baseado em uma profunda desconfiança na capacidade do planejador (especialmente do planejador que trabalha para o governo) em fazer escolhas sensatas. Mesmo aqueles que normalmente acreditam que todos escolhem racionalmente tratam com profundo ceticismo qualquer proposta que parece depender de escolhas racionais efetuadas por burocratas. Parte do ceticismo se baseia na crença de que os burocratas não têm a disciplina imposta por pressões de mercado; parte disso está enraizada no medo de que grupos privados bem organizados movam os burocratas nas direções por eles preferidas. Nós admitimos sem resistências que os planejadores são humanos e, portanto, têm a racionalidade limitada e estão sujeitos à influência de pressões indesejáveis.<sup>159</sup> No entanto, como temos salientado, esses planejadores humanos são muitas vezes forçados a fazer escolhas, e é certamente melhor que as façam tentando melhorar o bem-estar das pessoas que o contrário. Ao enfatizarmos o importante efeito das características do plano nas escolhas (um ponto subestimado por economistas, advogados e planejadores), esperamos incentivar os criadores dos planos a tornarem-se mais informados. E ao sugerirmos um viés libertário sobre os planos ruins, esperamos criar uma forte proteção contra planos mal pensados ou motivados por ideias ruins. Da mesma forma que deve se estar atento contra planejadores autocentrados, a liberdade de escolha é um importante corretivo de injustiças.

---

<sup>158</sup> Admitimos que os burocratas podem estar sujeitos a pressões distintas que pioram mais ainda os problemas de autocontrole.

<sup>159</sup> Ver JOLLS, SUNSTEIN, e THALER, 50 *Stan L Rev* at 1543-45 (citado na nota 16).

Uma terceira objeção viria da direção oposta. Entusiastas do paternalismo, encorajados pelas evidências de problemas de racionalidade limitada e autocontrole, podem argumentar que, em muitas áreas, a posição libertária não seria plausível. Se o foco é inteiramente, ou principalmente no bem-estar, pode parecer evidente que, em determinadas circunstâncias, não se deve dar às pessoas a liberdade de escolha, pela simples razão de que elas poderão escolher mal. Nestas circunstâncias, por que alguém insistiria no paternalismo libertário, em oposição ao paternalismo não qualificado ou não libertário?

Essa objeção levanta questões complexas sobre valores e fatos, e não temos a intenção de nos aventurarmos em um difícil terreno filosófico aqui.<sup>160</sup> Nossa resposta básica se divide em três. Em primeiro lugar, reiteramos o nosso entendimento de que os planejadores são humanos, então a comparação real é entre a racionalidade limitada e os problemas de autocontrole dos optantes com a racionalidade limitada e problemas de autocontrole dos próprios planejadores.<sup>161</sup> É duvidoso que a comparação possa ser feita em abstrato de forma sensata. Em segundo lugar, o sistema de *opt-out* funciona como uma salvaguarda contra planejadores confusos ou com motivações duvidosas e, em muitos contextos, essa proteção é crucial mesmo se também possa gerar malefícios. Em terceiro lugar, nada que dissemos nega a possibilidade de que, em algumas circunstâncias, faça mais sentido impor custos significativos sobre aqueles que rejeitam o curso de ação proposto, ou até mesmo negar a liberdade de escolha completamente. De fato, a discussão na parte IV pode ser facilmente transformada em um relato de quais sejam, possivelmente, essas circunstâncias. Os fatores lá identificados podem ser tomados como uma base para decidir se e quando se devem impedir escolhas. Nossa única ressalva é que, quando a influência de terceiros não estiver presente, a presunção geral deve ser em favor da liberdade de escolha, e essa presunção deve ser afastada apenas quando a escolha individual seja comprovadamente incompatível com o bem-estar do indivíduo.<sup>162</sup>

## Conclusão

---

<sup>160</sup> Para discussão nessa área, ver DWORKIN, *Theory and Practice of Autonomy* p. 78-81 (citado na nota 156).

<sup>161</sup> Ver a discussão sobre os burocratas comportamentais em JOLLS, SUNSTEIN e THALER 50 Stan L Ver at 1543-45 (citado na nota 16).

<sup>162</sup> Essa é uma condição necessária, mas não suficiente; aqueles que acreditam na autonomia não vão concordar que preocupações com o bem-estar devam superar a liberdade de escolha. Não estamos tentando falar sobre os debates internos aqui; paternalistas libertários não precisam tomar partido de uma das posições contrárias. Para discussão relevante, ver DWORKIN, *Theory and Practice of Autonomy* p. 78-81 (citado na nota 156).

Nosso objetivo aqui tem sido o de descrever e defender o paternalismo libertário – uma abordagem que preserva a liberdade de escolha, mas que autoriza tanto as instituições privadas quanto as públicas a direcionarem as pessoas em rumos que irão promover o seu bem-estar. A presença de algum tipo de paternalismo é provável sempre que tais instituições ofereçam opções que prevaleçam, a menos que as pessoas expressamente escolham não participar. Nossa reivindicação empírica central é que, em muitas áreas, as preferências das pessoas são instáveis ou mal formadas, e, portanto, pontos de partida e regras padronizadas são passíveis de serem aceitos como foram concebidas. Nestas circunstâncias, o objetivo deve ser o de evitar os efeitos aleatórios, inadvertidos, arbitrários ou prejudiciais e de produzir uma situação apta a promover o bem-estar das pessoas, definido de forma mais adequada. De fato, acreditamos que, atualmente, muitos comportamentos sociais são aleatórios ou inconsistentes, no sentido de que são fruto de regras padronizadas, cujos efeitos na formação do comportamento ainda não foram objeto de uma reflexão séria.

Quando a questão direta do bem-estar é muito difícil de lidar, paternalistas libertários têm uma gama de alternativas. Podem, por exemplo, selecionar uma abordagem que seria a escolhida pela maioria, que requer ou promove escolhas forçadas, ou que minimiza os *opt-outs*. Nós também identificamos os fatores que tornam mais razoável aumentar o leque de opções, em um esforço para demonstrar que a relação entre as escolhas e o bem-estar apresenta questões empíricas discutíveis, e que não devem ser resolvidas por dogmas, argumentos apriorísticos ou definições.

Em nossa visão, o paternalismo libertário não é apenas uma possibilidade conceitual; ele também fornece uma base para se repensar muitas áreas do direito público e do direito privado. Acreditamos que as políticas embasadas pelo paternalismo libertário podem oferecer uma grande melhora se comparadas com a alternativa mais provável: a da negligência inepta.

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