

A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA PATRIMONIAL: UMA REFLEXÃO À LUZ DO “PATERNALISMO LIBERTÁRIO”

Cristiana Sanchez Gomes Ferreira¹

Resumo: O presente estudo volta-se, inicialmente, a expor as principais noções da doutrina do paternalismo libertário. Em um segundo momento, busca-se elucidar os benefícios da aplicação da referida doutrina ao direito de família patrimonial, indo aquela ao encontro das reflexões contemporâneas acerca de mudanças no atual regime de bens conjugal supletivo (conjunto das “regras-padrão”) e do papel e limites da intervenção estatal neste contexto.

Palavras-Chave: Paternalismo Libertário. Direito de Família. Regimes de Bens. Pacto Antenupcial.

Abstract: The present study turns, firstly, to expose the main notions of the doctrine of libertarian paternalism. Secondly, it seeks to elucidate the benefits of the application of this doctrine to the patrimonial family law, which is in line with the contemporary reflections on changes in the current property regimes of marriage (the set of “standard rules”) and the role and limits of state intervention in this context.

¹ Doutoranda e mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de cursos de especialização em direito civil e em “direito e economia”. Advogada especialista em Direito de Família e Sucessões.

Keywords: Libertarian Paternalism. Family Law. Property Regimes. Prenup.

INTRODUÇÃO



nítido o novo paradigma analítico do direito de família patrimonial no Brasil, o qual se revela voltado à ampliação do exercício da autonomia privada dos indivíduos e permeado por reflexões acerca do modelo legal patrimonial vigente.

O escopo deste trabalho é trazer contribuições da doutrina do paternalismo libertário às reformas que vêm sendo pleiteadas por pesquisadores do direito de família, os quais clamam pela higidez da autonomia dos sujeitos na escolha do regime de bens ao mesmo tempo em que criticam as regras-padrão existentes e os limites da heteronomia estatal neste contexto – na mesma linha intelectual do que expõem Cass Sunstein e Richard Thaler na exposição da doutrina do paternalismo libertário, conforme se verá.

A despeito das críticas voltadas às prementes mudanças no direito de família patrimonial, é curiosamente tímida a abordagem da concepção paternalista libertária por operadores do direito de família, parecendo-nos claro que a doutrina não apenas vai ao encontro do que se pretende como também traz relevantes contribuições, novos olhares e direcionamentos práticos à consecução dos objetivos sustentados, o que a presente proposta, pois, pretende demonstrar.

1. “PATERNALISMO LIBERTÁRIO”: NOÇÕES PRO-PEDÊUTICAS

A família, antes compreendida como um núcleo econômico (realçados os seus aspectos patrimoniais), reprodutivo

(com a precípua finalidade de geração de filhos), matrimonial (originada tão somente no enlace conjugal) e patriarcal, cedeu espaço, gradativamente, a uma compreensão calcada no afeto, sobrepujando valores substancialmente patrimoniais e assumindo “*uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um*”.²

A Constituição Federal de 1988, em uma ruptura paradigmática, erigiu a pessoa humana ao epicentro do ordenamento jurídico e da proteção da normativa constitucional. O direito de família, assim, deslocou-se de uma concepção “patrimonialista” para uma “existencialista” e “repersonalizada”. Tem-se, com efeito, os olhos voltados ao caráter promocional da *realidade factual*, em detrimento de custosas e tortuosas tentativas de perpetuação de um casamento ou união ressentidas de uma comunhão plena de vidas e de afeto. O que se busca, ao fim e ao cabo, é a felicidade do indivíduo, que encontra na família um reduto de afeto e o instrumento para um salutar desenvolvimento.

Conforme já sustentamos:

Nessa quebra de paradigma, a Constituição Federal de 1988 – considerada a mais democrática das Constituições Federais brasileiras – trouxe o princípio da igualdade como medida a democratizar a célula familiar. O casamento passou a ser regido pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, impondo-se fim à ideologia da família patriarcal, machista e sexista. A família mudou. Atualmente, não há como falarmos sobre ela sem termos em mente que a comunhão de vida se consolidou no valor da afetividade, e não mais no poder marital e patriarcal.³

As relações entre os familiares passaram a nortear-se pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, da

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 10 ed. Bahia: JusPodivm, 2018, p. 38-39.

³ GOMES FERREIRA, Cristiana. *Análise Econômica do Divórcio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21.

igualdade substancial e da solidariedade familiar, tendo-se a afetividade como o vetor axiológico ao reconhecimento jurídico de um arquétipo familiar, que, de forma patente, assumiu uma função “serviente” e funcional (dotada de uma “função social”) ao desenvolvimento de seus componentes.⁴

A partir das mudanças operadas pelo legislador, conforme esclarece Renata Vilela Multedo:

A única intervenção (estatal) compatível com a axiologia constitucional é aquela que se compatibiliza com a dignidade da pessoa humana, na exata medida da defesa e da promoção dos interesses da pessoa sobre quem se intervém. Assim, toda a problemática que se arma da conjunção dos conceitos liberdade e família se resume, por conseguinte, a estabelecer uma composição entre eles que resulte de um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal.⁵

Ao se abordar a heteronomia estatal legislativa no direito de família, a mesma autora sustenta que se deve questionar o cabimento da intervenção heterônoma justificada pela proteção dos interesses do próprio sujeito sobre quem se intervém, referindo que “*essas indagações não são só quanto à necessidade de se exercer uma intervenção sobre determinado sujeito, mas também em relação ao tipo de intervenção que se pretende fazer.*”⁶ E tudo isso, necessariamente, incita considerações acerca do caráter “paternalista” (ou não) que determinada restrição à autonomia pode representar.

Enquanto os “libertários” sustentam que o exercício da liberdade se opera quando não há qualquer interferência estatal nas escolhas dos indivíduos, os “paternalistas” enfrentam a ir-restrita liberdade de escolha com ceticismo, advogando que, a despeito do grau, sempre haverá algum tipo de intervenção heterônoma nas escolhas individuais. Diante desta dicotomia,

⁴ Ibidem, p. 21.

⁵ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2007, p. 39.

⁶ MULTEDO, Renata Vilela. Op. Cit., p. 61.

surge, nos estados unidos, a doutrina do “paternalismo libertário”, erigida por Richard Thaler e Cass Sunstein, e que, tal como a nomenclatura denota, congrega tanto aspectos “libertários” quanto “paternalistas” em sua acepção.

O paternalismo libertário é *paternalista*, na medida em que busca influenciar o comportamento das pessoas para que optem pelo “arranjo” que melhor promoverá o seu bem-estar (na visão dos interventores), e é *libertário*, porquanto preserva a liberdade das pessoas para escolherem outros arranjos, não se sujeitando, assim, àquele(s) atribuído(s) pela lei, em respeito à sua autonomia volitiva.

Tem-se, assim, que “*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*”.⁷

Tal como esclarecem os autores:

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 não estarão tentando antecipar as escolhas das pessoas, mas estarão conscientemente tentando direcionar as pessoas a opções que irão promover seu bem-estar.⁸

Com base em estudos da ciência social, o paternalismo libertário parte da premissa de que os indivíduos tomam decisões que não teriam tomado caso possuíssem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e absoluto autocontrole.

⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *O paternalismo libertário não é uma contradição em termos*. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>.

Acesso em 01.02.2019.

⁸ Ibidem.

Tais falhas no processo de escolha justificam a atuação dos “arquitetos de escolha” (responsáveis pela organização do contexto em que as pessoas tomam decisões, tais como o são os legisladores ou aqueles responsáveis pela criação de regras), que têm de “direcionar” as pessoas de modo a tornar suas vidas melhores. E essa espécie de direcionamento “não intrusivo” ou “mandatório” foi batizada pelos autores sobreditos de “Nudge”.^{9 10}

Nesta acepção, portanto, os “nudges” são paternalistas, posto que envolvem a intervenção na escolha dos outros de modo a torna-las melhores, porém não o são “censuradamente” paternalistas, eis que não decepam a liberdade de escolha e autorizam a refuta dos padrões tidos os “melhores” pelos interventores – nesta perspectiva analítica, pelo estado.¹¹

A doutrina norte-americana conseguiu demonstrar que é inevitável a presença de um certo grau de paternalismo no momento em que o legislador se utiliza das “regras-padrão” (*default rules*) ou “regras supletivas” na regulação diversos institutos, eis que a própria forma de apresentação das regras já influencia no comportamento dos sujeitos, ainda que tenham a opção de não aderirem ao arsenal pré-especificado (prerrogativa à qual se denominou *opt-out*) e elegerem os de sua preferência, o que vai, pois, ao encontro das acepções do paternalismo libertário.¹²

Com efeito, as pessoas tendem a dar um maior valor a um direito de propriedade que já possuem do que a direitos que não detenham, o que as faz optar por termos contratuais que se apliquem sem que tenha de tomar quaisquer medidas “proativas” para sua elaboração. As “regras-padrão” incidem, pois, diante da inércia dos sujeitos.¹³

⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. London: Penguin Books, 2009.

¹⁰ Na tradução literal da língua portuguesa à inglesa: “cutucada”.

¹¹ CORNELL, Nicolas. A third theory of paternalism. Michigan. *Law Review*. 2015, Vol. 113 Issue 8p. 1295-1336, p. 1301.

¹² MULTEDO, Renata Vilela. Op. Cit., p. 65.

¹³ KOROBIN, Russel. Behavioral Economics, Contract Formation and Contract Law. In CASS, Sunstein (Editor). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge

Ainda, no mesmo contexto, evidenciam-se os fundamentos da *Regret Theory*, derivada da psicologia cognitiva, e que se apresenta como uma plausível explicação ao “poder da inércia” dos agentes. De acordo com a Teoria, os indivíduos tendem a se arrepender mais de suas ações do que de suas omissões. Ou seja, quando necessária a tomada de uma decisão com consequências “incertas”, o agente tende a concluir que a utilidade decorrente do ato de escolha é inferior à utilidade esperada dos reflexos da decisão, o que se constitui em um incentivo à inércia e admissão da aplicação das “regras-padrão”.¹⁴

Muitas críticas à doutrina do paternalismo libertário foram e permanecem sendo publicadas. Para Daniel Hausman e Brynn Welch, os “nudges” exemplificados por Thaler e Sunstein possuem características “libertárias” questionáveis, posto que exploram fatores “não racionais” que influem no processo de escolha, o que atenta, ao fim e ao cabo, contra a liberdade e constitui-se em coação - ainda que alguns “nudges” possam ser, na visão destes, justificados:

As políticas paternalistas defendidas por Thaler e Sunstein e outros, que envolvem interferências insignificantes na liberdade (no sentido do leque de alternativas que podem ser escolhidas), podem ameaçar o controle do indivíduo sobre sua própria escolha. Na medida em que são tentativas de minar o controle do indivíduo sobre sua deliberação, bem como sua capacidade de avaliar por si mesmas suas alternativas, elas são, *prima facie*, ameaçadoras à liberdade, amplamente entendidas, como a coerção manifesta. [Tradução Nossa].¹⁵

University Press, 2000, p. 125

¹⁴ KOROBIN, Russel. Op. Cit., p. 130.

¹⁵ “The paternalistic policies espoused by Thaler and Sunstein and others, which involve negligible interferences with freedom (in the sense of the range of alternatives that can be chosen), may threaten the individual’s control over her own choosing. To the extent that they are attempts to undermine that individual’s control over her own deliberation, as well as her ability to assess for herself her alternatives, they are *prima facie* as threatening to liberty, broadly understood, as is overt coercion. Insofar as it is

Jason Hanna, ao contrário, sustenta argumentos favoráveis à doutrina paternalista libertária, reputando não haver censurável “manipulação” na utilização de meios de influência se estes encorajam as pessoas a “apreciar as razões” relevantes à sua escolha, tal como as regras-padrão o fazem:

Da mesma forma, eu suspeito que padrões, pelo menos, por vezes, encorajam as pessoas a apreciar razões. Quando padrões moldam as preferências, eles podem tornar as razões em favor da opção padrão mais salientes, ou transmitir a impressão de que os decisores devem afastar-se do padrão somente se puderem identificar boas razões para isso. Se a seleção de um padrão influencia as pessoas dessas maneiras, então pode funcionar levando as pessoas a apreciar as razões para a escolha do padrão: se o padrão realmente é uma boa opção para a maioria das pessoas, então não há nada de censurável em destacá-lo. [Tradução Nossa].¹⁶

Os ideais do paternalismo libertário aplicam-se de forma nítida às relações patrimoniais de família. No Brasil, o momento de enfrentamento do assunto é deveras oportuno, tal como ora pretendemos demonstrar.

2. A DOUTRINA PATERNALISTA LIBERTÁRIA E O DIREITO DE FAMÍLIA PATRIMONIAL

Um dos aspectos mais interessantes da abordagem

genuinely paternalistic, libertarian paternalism will count as “libertarian” only for those whose concerns about liberty are limited to questions about the contents of the choice set.” (HAUSMAN, Daniel. WELCH, Brynn. Debate: to nudge or not to nudge. *Journal of Political Philosophy*. Mar2010, Vol. 18 Issue 1, p.123-136. 14p.)

¹⁶ “Likewise, I suspect that defaults at least sometimes encourage people to appreciate reasons. When defaults shape preferences, they may do so by making the reasons in favor of the default option more salient, or by conveying the impression that decision-makers should depart from the default only if they can identify good reasons to do so. If the selection of a default influences people in these ways, then it may work by getting people to appreciate the reasons to choose the default: if the default really is a good option for most people, then there is nothing objectionable about placing it in a light in which it strikes most people as a good option.” (JASON, Hanna. Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences. *Social Theory & Practice*. Oct 2015, Vol. 41 Issue 4, p. 628).

proposta pelos autores de “Nudge” talvez seja a da “privatização do casamento”. A proposta é que ao estado caiba tão-somente conferir aos indivíduos o status de uma “união civil”, cabendo às partes a regulação dos seus arranjos conjugais e existenciais. Os autores comparam casamentos a outras formas de contratos, tais como aquele entre dois coautores de um livro quando acordam os termos da divisão dos “royalties”. Sustentam que a privatização das uniões afetivas não constituiria qualquer afronta ao melhor interesse dos filhos, cujas questões (parentais) poderiam ser dirimidas no Judiciário sem o enfrentamento, portanto, das questões “conjugais”:

Em qualquer caso, não há razão para pensar que as uniões civis e os acordos privados, religiosos ou não, não possam oferecer tanta proteção às crianças quanto o casamento oficial. Se as crianças precisam de apoio material, esse apoio pode ser exigido diretamente por meio de instituições legais. Se as crianças precisam de lares estáveis, a pergunta é se um esquema oficial de licenciamento com o nome casamento contribui o suficiente para a estabilidade da família valer a pena. Se a preocupação é com dependentes em risco após a dissolução de um relacionamento de longo prazo, as boas regras padrão são o melhor lugar para começar. Existe uma literatura detalhada sobre esta questão; algumas das sugestões mais úteis são ambas libertárias e paternalistas, no sentido de que eles mantêm a liberdade de escolha ao mesmo tempo em que orientam as pessoas em direções desejáveis. (...) Por ora, observamos apenas que a instituição oficial do casamento não é nem necessária nem suficiente para as boas regras de não-cumprimento. [Tradução nossa].¹⁷

¹⁷ “In any case, there is no reason to think that civil unions and private arrangements, religious and otherwise, cannot provide as much protection of children as official marriage does. If children need material support, that support can be required directly through legal institutions. If children need stable homes, the question is whether an official licensing scheme with the name marriage contributes enough to family stability to be worth the candle. If the concern is for dependents at risk after the dissolution of a long-term relationship, good default rules are the best place to start. A detailed literature exists on this question; some of the most helpful suggestions are both libertarian and paternalist, in the sense that they maintain freedom of choice while also steering people in desirable directions. We shall have more to say on possible approaches shortly. For now we note only that the official institution of marriage is neither

Na visão de Thaler e Sunstein, os debates acerca dos casamentos e das uniões estáveis têm desviado da “pergunta-chave”: Quais, afinal, são as regras-padrão adequadas às pessoas que pretendem conviver conjugalmente? Em sua visão, os “arquitetos de escolha” devem engajar-se na elaboração de regras claras acerca dos seus direitos e obrigações, de modo que os “nudges” devem ser introduzidos no escopo de proteger as partes mais vulneráveis, as quais reputam ser as mulheres e as crianças. Lamentam, ainda, a relutância da sociedade em lançar mão dos instrumentos de pacto antenupcial, o que, para eles, decorre do “absurdo otimismo” na perpetuidade da relação.^{18 19}

Na mesma linha intelectual, e conforme já sustentamos:

Dois são os principais fenômenos atribuídos à pouca utilização do instrumento antenupcial: i) pouco valor atribuído ao pacto (decorrente da ignorância quanto às suas funcionalidades) e ii) subestimação, pelos agentes, da real probabilidade do divórcio.²⁷ Outrossim, custos de informação relativos ao amplo rol de possibilidades de conteúdo a ser inserido no pacto antenupcial, associados ao parco estudo de suas funcionalidades e alcance, contribuem para sua tímida elaboração. A fim de obter-se correto conhecimento jurídico-legal, consultas com advogados especializados no ramo são alternativas positivas à alocação eficiente dos bens e dos interesses das partes, vindo a reduzir os custos de transação atinentes ao eventual e futuro divórcio.²⁰

O artigo 1.640 do Código Civil brasileiro dispõe que:

necessary nor sufficient for gooddefault rules.” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. London: Penguin Books, 2009, p. 218).

¹⁸ *Ibidem*, p. 221.

¹⁹ O viés cognitivo do otimismo (*optimistic bias*) consiste na crença de que eventos positivos são mais prováveis de acontecer do que os eventos negativos, o que, naturalmente, gera uma distorção nas reais chances de o fato indesejado (divórcio, por exemplo) advir.

²⁰ GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia*. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0415_0444.pdf>. Acesso em 01. Set. 2018.

“*Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial*”. Ou seja, em não havendo cláusulas contratuais (previstas no pacto antenupcial ou em um contrato convivencial, na hipótese de se tratar de uma união estável), incidirá o regime supletivo da comunhão parcial de bens, cujas regras, previstas nos artigos 1.658 ao 1.666, consubstanciam-se nas “regras-padrão”.

Essa norma, portanto, disposta no artigo 1.640, é interessante exemplo de regulação no direito brasileiro nos moldes da proposta do paternalismo libertário, eis que o legislador não restringe a liberdade das partes de, em um instrumento pactício, optarem ou mesmo “criarem” um regime distinto.

A possibilidade de os interessados nubentes e companheiros disporem das regras patrimoniais que se aplicarão ao casamento ou união funda-se, precipuamente, no princípio da autonomia privada. O ordenamento jurídico confere aos particulares a faculdade de optarem pelo regime de bens que bem lhes aprouver, ressalvadas as hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, que impõe, de forma cogente, o regime da separação obrigatória de bens àqueles que (i) se casarem com mais de 70 (setenta) anos, (ii) se casarem em inobservância às causas suspensivas do casamento e (iii) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.²¹ Visando ao fortalecimento do exercício da autonomia privada mesmo em cenários do regime de separação obrigatória de bens, que atrai a incidência da Súmula 377 do STF²², a Jornada de Direito Civil editou o Enunciado 634: “*É lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de*

²¹ A jurisprudência não é uníssona quanto à aplicação do dispositivo legal à união estável, prevalecendo, no entanto, o entendimento de que as mesmas regras se aplicam alusivamente.

²² Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Jurisprudência posterior ao enunciado.

tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”.

Em que pese a maciça utilização do instrumento pactício ainda se limite à escolha de um dos previstos regimes *primários* patrimoniais, já se verifica, na atualidade, uma crescente utilização da ferramenta para a criação de um verdadeiro complexo de direitos e deveres recíprocos mais elaborados e que, por vezes, transcendam a aspectos patrimoniais, contemplando também cláusulas existenciais. De acordo com Rolf Madaleno:

O sistema pactício aceito pelos brasileiros é o da coexistência de dois modelos que se integram em um único pacto, contemplando um regime *primário* de bens, de pura adesão dos consortes, e outro *secundário*, complementar, que dá vazão à autonomia privada dos cônjuges, desde que as cláusulas alinhavadas não contravenham disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Justamente esta trava, ainda presente nos pactos matrimoniais, deve ser repensada, porque o modelo esculpido para um casamento vitalício não mais atende aos anseios sociais, bastando atentar para a crescente ocorrência de fraudes nas partilhas e para a ascendente e atritosa procura pela subscrição de pactos matrimoniais e contratos de convivência de um regime de absoluta separação de bens.^{23 24}

Sob este entendimento, Fabiana Domingues Cardoso exemplifica algumas matérias passíveis de serem clausuladas:

- (i) A proporção da titularidade de cada bem adquirido durante a constância do casamento, o que poderá ser criado em decorrência dos rendimentos de cada nubente ou de forma igualitária;
- (ii) No tocante à titularidade e divisão dos bens existentes antes do casamento, definindo-os como particulares a cada noivo, ou

²³ MADALENO, Rolf. *A Crise Conjugal e Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens*. In Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Belo Horizonte: Magister, v. 13, n. 25, dez/jan 2011, p. 17-18.

²⁴ Na mesma linha intelectual adotada pelo referido autor, a maciça doutrina reconhece que o pacto pré-nupcial (assim como o contrato de convivência) possui, hoje, alcance significativamente mais amplo do que em um passado recente. A evolução do instituto da autonomia privada permitiu a incorporação de cláusulas patrimoniais não circunscritas à simples escolha de um regime econômico tipificado pelo Diploma Civil.

- ainda conferindo ao casal proporções idênticas ou conforme a contribuição de cada um;
- (iii) Doações entre os cônjuges;
 - (iv) Regras quanto à disponibilidade do patrimônio comum a terceiros (v.g. doações, presentes, auxílios familiares, etc.);
 - (v) Sobre a obrigação de criação de um fundo financeiro de emergência com as regras para a sua composição, bem como sua utilização;
 - (vi) Disposições sobre eventuais bens auferidos por cada cônjuge, sendo aquisições a título gratuito ou oneroso (doações de terceiros, heranças, prêmios, achados, tesouros, vantagens em função da profissão ou fama, benefícios materiais em geral, bolsas de estudo entre outros);
 - (vii) Compensações financeiras pelo fato do casamento ter gerado alguma minoração ou exoneração de rendimentos a um dos consortes, como pensões alimentícias, montepios, soldos comumente destinados às mulheres, enquanto filhas solteiras ou viúvas, que ao contraírem núpcias deixam de auferir tal ganho;
 - (viii) Disposição sobre comunicabilidade ou não de previdências complementares privadas;
 - (ix) Cláusulas em que conste obrigação de um dos genitores em relação ao custeio da educação escolar da futura prole, de forma exclusiva;
 - (x) Ajustes sobre a partilha de bens na ocasião de eventual separação ou divórcio do casal;
 - (xi) Estipulações referentes à forma de pagamento e manutenção da família frente a todas as necessidades;
 - (xii) Pactuação sobre participação societária ou ganhos de um dos consortes em eventual empresa exclusiva de sua família que exista previamente ao casamento;
 - (xiii) Cláusulas sobre o eventual crescimento patrimonial, bem como dívidas e passivos trabalhistas e tributários da empresa na qual um ou ambos sejam sócios;
 - (xiv) Regras que recaiam sobre bens adquiridos na constância de outra união, bem como sobre aqueles que constituam condomínio entre um dos consortes e terceiros;
 - (xv) Sobre dívidas contraídas e seus limites dentro das possibilidades de cada cônjuge e a finalidade do passivo criado;
 - (xvi) Sobre as regras de administração dos bens do casal, contendo detalhes do gerenciamento;
 - (xvii) Disposição que verse sobre direitos autorais e sua

comunicabilidade ao consorte.²⁵

Vejamos que o próprio artigo 1.639, *caput*, dispõe que: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”, o que se constitui no sustentáculo à concepção e admissão dos regimes patrimoniais “atípicos”, que congregam elementos de mais de um dos regimes existentes (tal como acima declinado) e que assim costumizam as regras vigentes em observância aos reais anseios e objetivos colimados pelo casal.

Para Renata Vilela Multedo, o predomínio do regime supletivo da comunhão parcial de bens é decorrência não da “preferência da maior parte da população” pelas regras nele previstas, mas sim do grande grau de desinformação jurídica da sociedade, além, é claro, do fato de que a cultura brasileira é avessa a pactos familiares:

Embora a regra que estipule um regime supletivo de bens (também amplamente utilizado como regime legal de bens) no direito brasileiro seja amplamente aceita, discute-se em doutrina se o regime da comunhão parcial de bens seria o mais adequado como regime legal ou, como explicitamos até aqui, seria a “regra-padrão” na ausência de escolha pelas pessoas que gera mais bem-estar e benefícios para os envolvidos.²⁶

Vejamos que isso vai ao encontro do que preconizam Thaler e Sunstein ao sugerirem a necessidade de um olhar crítico voltado às regras padrão conjugais patrimoniais, de modo que os “arquitetos de escolha” editem normas consentâneas aos reais desígnios dos contratantes afetivos – o que, para os autores, não tem sido, tal como deveria, objeto de importantes debates e exposições doutrinárias.

Em Portugal, a coligação de partidos que existiu para as eleições de 2015, formada pelo Partido Social Democrata (PPD/PSD) e pelo CDS - Partido Popular (CDS-PP), propôs, em seu programa eleitoral, repensar o atual regime legal vigente no

²⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010, p. 165-166.

²⁶ MULTEDO, Renata Vilela. Op. Cit., p. 240.

país (muito semelhante ao brasileiro) de forma a torna-lo o da separação total de bens. A partir da proposta²⁷, muito se especulou acerca do acerto da “proposta”, a qual teve uma recepção considerável. Isso evidencia os questionamentos que surgem na sociedade contemporânea e um convite a se reanalisar a estrutura atualmente vigente, considerando-se, sobretudo, o dinamismo das relações conjugais e convivenciais.

Nessa mesma perspectiva crítica e reflexiva, o jurista português Adriano Miguel Ramos de Paiva sustenta que:

Estando a nossa atenção centrada na comunhão de adquiridos, podemos dizer que se trata de um sistema de organização matrimonial indiferente a uma partilha materialmente justa. Na verdade, a intenção de atingir uma distribuição equitativa do patrimônio do casal após a dissolução do casamento, sobretudo pelo decreto do divórcio, poderá frustrar-se em algumas situações, se considerarmos que no final do regime se procede apenas à repartição do patrimônio comum, o qual se resume, na comunhão de adquiridos, aos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.²⁸

O autor sugere que a distribuição do patrimônio conjugal seja balizada pela análise das circunstâncias que permeiam sua formação, devendo-se atentar a elementos tais como “a idade dos cônjuges, a sua qualificação profissional, a duração do casamento, a dedicação ao lar e aos filhos, a colaboração dos cônjuges na formação do patrimônio comum, a contribuição de um dos cônjuges na formação do patrimônio comum e a contribuição de um dos cônjuges para a valorização do patrimônio do outro”.²⁹

Evidencia-se, assim, inúmeras mudanças propostas, tanto no que concerne à eleição de um novo modelo de regras-padrão, tanto no que tange ao conteúdo passível do contrato a

²⁷ Vide notícia em: <https://observador.pt/2015/09/23/separacao-total-de-bens-estao-amatar-o-romantismo/>

²⁸ PAIVA, Adriano Miguel Ramos de. *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Lisboa: Coimbra, 200, p. 308-309.

²⁹ *Ibidem*, p. 310.

ser subscrito pelos cônjuges, tudo o que vai ao encontro da doutrina do paternalismo libertário e, portanto, ilustra um terreno fértil à sua abordagem e contribuições.

CONCLUSÃO

Evidencia-se, indubitavelmente, um novo paradigma analítico das questões patrimoniais que permeiam as relações conjugais e convivenciais, que tanto clama por um exercício mais intenso da autonomia privada como também por uma reanálise do modelo atualmente vigente como o “padrão” e “suptetivo” no Brasil, consubstanciado no regime de bens da comunhão parcial de bens.

Publicações doutrinárias e jurisprudenciais têm advogado, ainda, pela ampliação do conteúdo dos pactos antenupciais e convivenciais no Brasil, de forma que estes contemplem a possibilidade de inclusões de questões de ordem extrapatrimonial.

O presente trabalho procurou expor estas novas concepções à luz da doutrina do paternalismo libertário, sobretudo do que preconizam Thaler e Sunstein ao sugerirem a necessidade de um olhar crítico voltado às regras padrão conjugais patrimoniais, de modo que os “arquitetos de escolha” editem normas consentâneas aos reais desígnios dos contratantes afetivos.

A partir da abordagem do paternalismo libertário, o trabalho expôs importantes reflexões a partir da pergunta destes autores acerca de qual o mais adequado modelo de regras-padrão às pessoas que pretendam conviver maritalmente, não se visando esgotar o tema – o que demandaria, por certo, pesquisas empíricas voltadas à resposta –, mas sim explanar contribuições e reflexões que devem balizar a busca destas respostas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010.
- CORNELL, Nicolas. A third theory of paternalism. *Michigan Law Review*. 2015, Vol. 113 Issue 8p. 1295-1336. 42p.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 10 ed. Bahia: JusPodivm, 2018
- FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. *J Consum Policy*, 34, p. 337-358, 2011.
- GOMES FERREIRA, Cristiana Sanchez. *Análise Econômica do Divórcio: Contributos da Economia ao Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. *O Pacto Antenupcial no Brasil à Luz do Direito e Economia*. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revisitas/rjlb/2016/3/2016_03_0415_0444.pdf>. Acesso em 01. Set. 2018.
- HAUSMAN, Daniel. WELCH, Brynn. Debate: to nudge or not to nudge. *Journal of Political Philosophy*. Mar2010, Vol. 18 Issue 1, p.123-136. 14p.
- HENRIQUES, Sofia. *Estatuto patrimonial dos cônjuges: reflexo da atipicidade dos regimes de bens*. Lisboa: Coimbra, 2009.
- JASON, Hanna. Libertarian Paternalism, Manipulation, and the Shaping of Preferences. *Social Theory & Practice*. Oct 2015, Vol. 41 Issue 4, p. 618-643.
- KOROBIN, Russel. Behavioral Economics, Contract Formation and Contract Law. In CASS, Sunstein (Editor). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 116-143.
- MADALENO, Rolf. *A Crise Conjugal e Colapso dos Atuais*

- Modelos de Regimes de Bens*. In Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Belo Horizonte: Magister, v. 13, n. 25, p. 5-32, dez/jan 2011.
- MARQUES, Ana Cristina. PEREIRA, Helena. *Separação total de bens: estão a matar o romantismo?* Disponível em <https://observador.pt/2015/09/23/separacao-total-de-bens-estao-a-matar-o-romantismo/>. Acesso em 01.02.2019.
- MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2007.
- PAIVA, Adriano Miguel Ramos de. *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Lisboa: Coimbra, 2008
- RUBINSTEIN, Aleksandr. Theory of Patronized Goods. Liberal Evolution of Paternalism. *International Journal of Entrepreneurial Knowledge*, Vol 4, Iss 1, p. 6-29, 2016.
- SCHNELLENBACH, Jan. A constitutional economics perspective on soft paternalism. *Kyklos*. Feb2016, Vol. 69 Issue 1, p.135-156.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *O paternalismo libertário não é uma contradição em termos*. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em 01.02.2019.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. London: Penguin Books, 2009.