

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

BRUNO YUDI SOARES KOGA

TECNOLOGIAS PERSUASIVAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE TOMADA
DE DECISÃO

BRASÍLIA

2023

BRUNO YUDI SOARES KOGA

TECNOLOGIAS PERSUASIVAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE TOMADA
DE DECISÃO

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do
Prof. Dr. João Paulo Bachur e apresentada ao
PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção de
título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA/DF

2023

Koga, Bruno Yudi Soares

Tecnologias persuasivas e o direito fundamental à livre tomada de decisão / Bruno Yudi Soares Koga. – Brasília, 2023, 242 p.

Tese (Doutorado) – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa – IDP.

Orientador: Professor Doutor João Paulo Bachur

1. tecnologias persuasivas. 2. livre tomada de decisão. 3. publicidade 4. Manipulação. I. Título.

BRUNO YUDI SOARES KOGA

TECNOLOGIAS PERSUASIVAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE TOMADA
DE DECISÃO

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do
Prof. Dr. João Paulo Bachur e apresentada ao
PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção de
título de Doutor em Direito Constitucional.

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Paulo Bachur
Orientador

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília

Prof^ª. Dra. Laura Schertel Mendes

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasília
Membro Interno

Prof^ª. Dr^a. Ana de Oliveira Frazão

Universidade de Brasília
Membro Externo

Prof. Dr. Bruno Miragem

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Membro Externo

Dedico este trabalho a três mulheres especiais em minha vida Marina Soares Koga, Teru Koga e Maria Alves Monteiro, bem como à memória dos Professores Danilo Doneda e Paulo de Tarso Sanseverino.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as oportunidades que tive em minha vida, aos meus pais, Marina e Pedro, e ao meu irmão Lucas. Obrigado por suportarem o autor (em mais de um sentido).

Não poderia esquecer da valiosa orientação conduzida pelo Professor Doutor João Paulo Bachur, os recortes no tema e no objeto possibilitaram que a tese fosse elaborada dentro do prazo regimental e que o autor pudesse dar cabo da tarefa à qual se propôs.

Devo ainda agradecer aos Professores Doutores Bruno Miragem, Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes, que participaram da banca de qualificação e colocaram na mente do autor diversos questionamentos pertinentes sobre o trabalho desenvolvido. Espero ter cumprido ao menos em parte as ponderações.

Ainda sou grato à Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão pela presença na banca de defesa. Suas contribuições foram valiosas e seus escritos sempre são fonte de inspiração para novas pesquisas.

São devidos também agradecimentos especiais a Alessandra Soares, Amanda Vieira, Deborah Mello, Fabian Mori Sperli, Júlia Gomes, Larissa, Luiz Gustavo Cavalcanti de Araujo, Marcos Brandão Whitaker, Pâmela Pitagoras, Thomas Victor Conti, Vanessa Ferreira e Victor Nardari. Vocês tornaram mais leve a pesada jornada e me auxiliaram nos momentos mais difíceis.

Obi-Wan: “Luke, you’re going to find that many of the truths we cling to depend greatly on our own point of view.” (Star Wars: Episode VI - Return of the Jedi. Direção: Richard Marquand. Estados Unidos: Lucasfilm Ltd. 1983)

RESUMO:

Esta Tese de doutorado trata da utilização de tecnologias persuasivas e propõe o reconhecimento do direito fundamental à livre tomada de decisão. A utilização de meios tecnológicos para a persuasão de indivíduos pode ter como efeito a manipulação do receptor da mensagem por meio de heurísticas e vieses ou formulação de mensagens direcionadas a pessoas ou grupos de pessoas com base em seus perfis psicológicos. Desta maneira, a utilização das tecnologias persuasivas pode impactar a tomada de decisão do indivíduo e violar sua autonomia. Assim, explorou-se a literatura referente à tomada de decisão do ser humano, as tecnologias persuasivas e a dogmática jurídica referente aos direitos fundamentais visando analisar as respostas do ordenamento jurídico às tecnologias persuasivas. A pesquisa indica que os processos de tomada de decisão são complexos e sofrem influências de variados fatores, não sendo simples a descoberta de um único elemento suficiente para a manipulação dos indivíduos. Nota-se que a utilização de tecnologias persuasivas apresenta resultados superiores à publicidade ou propaganda convencionais, mas ainda não há comprovação inequívoca quanto ao seu caráter manipulativo. Contudo, isto não impede o reconhecimento de um direito fundamental à livre tomada de decisão consistente na defesa perante tentativas de persuasão baseadas em artifícios manipulativos e no dever de ser informado a respeito de tentativas de persuasão baseadas em análise dos dados pessoais dos titulares.

Palavras-chave: Tecnologias persuasivas; livre tomada de decisão; publicidade; manipulação

ABSTRACT:

This doctoral thesis deals with the use of persuasive technologies and proposes the recognition of the fundamental right to free decision-making. The use of technological means for the persuasion of individuals can have the effect of manipulating the recipient of the message through heuristics and biases or formulating messages targeted at people or groups of people based on their psychological profiles. In this way, the use of persuasive technologies can impact the individual's decision making and violate their autonomy. Thus, the literature on human decision-making, persuasive technologies and legal dogmatics regarding fundamental rights were explored in order to analyze the responses of the legal system to persuasive technologies. The research indicates that the decision-making processes are complex and are influenced by several factors, and it is not simple to discover a single element sufficient for the manipulation of individuals. It is noted that the use of persuasive technologies presents superior results to conventional advertising or propaganda, but there is still no unequivocal evidence regarding its manipulative character. However, this does not preclude the recognition of a fundamental right to free decision-making consistent in the defense against persuasion attempts based on manipulative artifices and the duty to be informed about persuasion attempts based on analysis of the data subject.

Keywords: Persuasive technologies; free decision-making; advertising; manipulation

Sumário

| | |
|---|-----|
| Introdução..... | 12 |
| Parte I: Livre arbítrio, personalidade e tomada de decisão | 29 |
| 1. O problema do livre arbítrio | 29 |
| 2. Cérebro, evolução e livre arbítrio..... | 36 |
| 3. Personalidade e os <i>Big Five</i> | 41 |
| 4. A tomada de decisão..... | 46 |
| 4.1. Teoria da agulha hipodérmica ou da bala mágica | 47 |
| 4.2. Teoria da escolha racional. | 49 |
| 4.3. Teorias baseadas em sistemas duais..... | 51 |
| 4.3.1. Modelo de probabilidade de elaboração (<i>Elaboration Likelihood Model</i>)..... | 52 |
| 4.3.2. Modelo heurístico-sistemático (<i>Heuristic-systematic Model</i>)..... | 55 |
| 4.4. Modelo de conhecimento de persuasão (<i>Persuasion Knowledge Model</i>) | 58 |
| 5. Primeiro Excurso: Direito brasileiro, livre arbítrio e tomada de decisão. | 60 |
| 6. Considerações finais da Parte I..... | 64 |
| Parte II: Publicidade, propaganda e tecnologias persuasivas | 65 |
| 1. Da publicidade analógica à digital: breves apontamentos..... | 66 |
| 1.1. Persuasão e publicidade..... | 71 |
| 1.1.1. Persuasão e Psicologia: a influência de Cialdini..... | 73 |
| 1.1.2. Persuasão e manipulação | 75 |
| 1.1.3. Estrutura, conteúdo, linguagem e modos de apresentação da mensagem publicitária | 77 |
| 1.2. Plataformas, perfilização e sentimentos na publicidade e na propaganda..... | 80 |
| 1.2.1. Plataformas como pontos centrais para a publicidade e circulação da expressão. | 81 |
| 1.2.2. Perfilização e microdirecionamento..... | 85 |
| 1.2.3. Emoções, sentimentos, pertencimento grupal e publicidade. | 92 |
| 2. Tecnologias persuasivas. | 98 |
| 2.1. Aproveitamento das heurísticas e vieses. | 105 |
| 2.2. Aproveitamento da personalidade e princípios da persuasão. | 110 |
| 3. Estamos criando uma bala mágica 4.0?..... | 117 |
| 4. Considerações finais da Parte II..... | 119 |
| Parte III: Por um direito fundamental à livre tomada de decisão | 120 |
| 1. Dignidade da pessoa humana e liberdade..... | 120 |

| | |
|--|-----|
| 2. O livre desenvolvimento da personalidade como decorrência da dignidade da pessoa humana | 135 |
| 3. Ainda sobre o direito geral de personalidade e sobre os direitos de personalidade em geral | 146 |
| 4. O direito fundamental à livre tomada de decisão frente a tecnologias persuasivas e seu conteúdo <i>prima facie</i> | 150 |
| 4.1. Manifestações da livre tomada de decisão na legislação infraconstitucional | 155 |
| 4.1.1. Dolo, coação e lesão | 155 |
| 4.1.2. Práticas comerciais e publicidade | 159 |
| 4.1.3. Propaganda eleitoral | 164 |
| 4.1.4. Estelionato | 170 |
| 4.1.5. Recapitulação | 171 |
| 4.2. Diferenciação entre o direito fundamental à livre tomada de decisão e o direito à liberdade cognitiva. | 173 |
| 4.3. Diferenciação entre autodeterminação informativa e livre tomada de decisão. .. | 175 |
| 4.4. Livre tomada de decisão, liberdade de expressão, livre iniciativa, livre concorrência e proteção do consumidor | 184 |
| 4.4.1. Lei de Liberdade Econômica e necessidade de Análise de Impacto Regulatório | 188 |
| 4.4.2. Propostas para a publicidade não baseada em dados pessoais de acordo com a livre tomada de decisão..... | 192 |
| 4.4.3. Propostas para a publicidade baseada em dados pessoais de acordo com a livre tomada de decisão..... | 194 |
| 4.5. Necessidade de proibição das tecnologias persuasivas na propaganda eleitoral . | 198 |
| 4.5.1. Segundo Excurso: Conteúdo <i>prima facie</i> da liberdade de expressão, discurso e livre mercado de ideias | 199 |
| 4.5.2. Terceiro Excurso: Erosão das bases de diálogo no Brasil | 204 |
| 4.5.3. Quarto Excurso: Falhas nas teorias discursivas e no livre mercado de ideias | 207 |
| 4.6. De volta à necessidade de vedação das tecnologias persuasivas na propaganda política a despeito de sua eficácia parcial | 211 |
| 5. Considerações finais da Parte III..... | 212 |
| Considerações finais da Tese..... | 213 |
| Síntese dos pontos defendidos na tese | 215 |
| Referências | 217 |

Introdução

Ao ingressarmos em um grande *marketplace*, não podemos deixar de notar que somos apresentados a bens que são “inspirados” em nosso histórico de navegação ou pelo comportamento de outros clientes cujos perfis, aos olhos dos agentes de tratamento, são idênticos ou similares ao nosso.

Na mesma página, também possuem lugar de destaque os bens e fornecedores com maior pontuação e recomendação. Quando há boas revisões, isso pode nos deixar mais interessados nos produtos ou fornecedores apresentados, afinal, como é possível que tantas pessoas estejam equivocadas?

Estes pequenos artifícios, sem maior caráter manipulativo, são técnicas de persuasão simples a nossos olhos, mas, por trás desta mera recomendação, há uma pilha de estudos acadêmicos e testes diários de eficiência sobre onde, como e de que modo colocar cada pequena recomendação que vemos em nosso navegador.

Contudo, as tentativas de persuasão não são um privilégio das grandes companhias. Pelo contrário, a persuasão é uma preocupação frequente dos indivíduos e permeia todas as relações intersubjetivas possíveis¹. Mesmo o acadêmico que se debruça sobre a produção do conhecimento, por mais cioso dos pontos de vista diversos, procura demonstrar o acerto de sua pesquisa.

Quem busca a persuasão, reconhece o outro como igual e procura, numa relação intersubjetiva, convencer-lhe sobre uma dada questão². Trata-se, no final das contas, de um ato de reconhecimento³. Não é necessário que este outro indivíduo tenha sequer a possibilidade de efetivamente decidir. A princípio, os pais possuem o poder familiar e não precisam prestar contas aos filhos sobre o motivo de não comprar um certo brinquedo naquele momento, mesmo assim, apresentam razões pelas quais algo pode ou não ser feito.

¹ CIALDINI, Robert B., **Influence: Science and Practice**, 5. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2014; PERLOFF, Richard M., **The Dynamics of Persuasion**, Nova York: Routledge, 2010; CARNEGIE, Dale, **How to Win Friends and Influence People**, London: Penguin Random House, [s.d.].

² HABERMAS, Jürgen, **Moral Consciousness and Communicative Action**, Maldon: Polity Press, 2007, p. 58; HABERMAS, Jürgen, **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung**, Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 38.

³ “Os indivíduos socializados não conseguiriam se afirmar como sujeitos se não encontrassem apoio nas relações de reconhecimento recíproco, articuladas nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas – e vice-versa. A práxis comunicativa cotidiana em que certamente o mundo da vida está centrado, produz-se cooriginariamente a partir da integração cultural, integração social e socialização. Cultura, sociedade e pessoa se pressupõem reciprocamente.” (itálico no original) HABERMAS, Jürgen, **Facticidade e validade**, São Paulo: Unesp, 2020, p. 125; HABERMAS, Jürgen, **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2019, p. 107.

Por outro lado, quando se busca a manipulação, utiliza-se técnicas sub-reptícias visando reificar o receptor da mensagem, objetificando-o ao ponto de se tornar mero instrumento de nossos propósitos⁴. Assim, deixamos de reconhecer o indivíduo e passamos a reificar sua existência. Isto importa porque a dignidade da pessoa humana é, também, intersubjetiva⁵.

Evidentemente, nem todos dominam conscientemente o ferramental da persuasão e da manipulação e muito menos dos processos cognitivos na mente do interlocutor, atuando de modo assistemático e confiando em sua intuição ou em experiências bem-sucedidas.

Por outro lado, há aqueles que buscam uma análise dos processos persuasivos em grau extremamente elevado, o que se nota em certas áreas da Psicologia e da Publicidade⁶. Ao mesmo passo, a união dos conhecimentos destas disciplinas permite a criação de estratégias persuasivas extremamente refinadas e que podem ser direcionadas a um público amplo através das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs).

Além disto, também é possível incrementar esta tentativa de persuasão com elementos da Neurociência e da Estatística, formando então um Leviatã persuasivo quando associados estes elementos ao tratamento de dados pessoais, os quais permitem não apenas lançar a mensagem publicitária, mas também moldar os anúncios a partir do público destinado e aumentar a probabilidade de persuasão, inclusive por meios manipulativos⁷.

⁴ SUNSTEIN, Cass R, **The ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science**, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 80–82; BUBLITZ, Christoph, Moral Enhancement and Moral Freedom, **Journal of Applied Philosophy**, v. 35, n. 1, p. 88–106, 2016.

⁵ HÄBERLE, Peter, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 80–81.

⁶ Confira-se a bibliografia da Parte I desta Tese.

⁷ SILVA, Gabriel Souza da, **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021; MELHADO, Felipe; RABOT, Jean-Martin, Análise de Sentimentos: Da Psicométrica à Psicopolítica, **Comunicação e Sociedade**, v. 39, p. 101–118, 2021; FRAZÃO, Ana, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital, *in*: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (Orgs.), **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 739–762; TUROW, Joseph, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**, New Haven: Yale University Press, 2011; KAPTEIN, Maurits *et al*, Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles, **Int. J. Human-Computer Studies**, v. 77, p. 38–51, 2015; ORJI, Rita; MANDRYK, Regan L.; VASSILEVA, Julita, Gender, Age, and Responsiveness to Cialdini's Persuasion Strategies, *in*: MACTAVISH, Thomas; BASAPUR, Santosh (Orgs.), **PERSUASIVE 2015**, Heidelberg: Springer, 2015, p. 147–159; KOBAYASHI, Akihiro; ISHIKAWA, Yuichi; MINAMIKAWA, Atsunori, A Study on Effect of Big Five Personality Traits on Ad Targeting and Creative Design, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2019**, Cham: Springer, 2019, p. 257–269; CIOCARLAN, Ana; MASTHOFF, Judith; OREN, Nir, Actual Persuasiveness: Impact of Personality, Age and Gender on Message Type Susceptibility, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2019**, Cham: Springer, 2019, p. 283–294; MATZ, S. C. *et al*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion, **PNAS**, v. 114, n. 48, p. 12714–12719, 2017; ADAJI, Ifeoma; OYIBO, Kiemute; VASSILEVA, Julia, Consumers' Need for Uniqueness and the Influence of Persuasive Strategies in E-commerce, *in*: HAM, Jaap *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2018**, Cham: Springer, 2018, p. 279–284; HALKO, Sajane; KIENZ, Julie A., Personality and Persuasive Technology, *in*: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.), **PERSUASIVE 2010**, Berlin: Springer-Verlag, 2010; HAMARI, Juho; KOIVISTO, Jonna; PAKKANEN,

Em 1983, no caso sobre a Lei do Censo, o Tribunal Constitucional Federal – TCF (*Bundesverfassungsgericht*) já demonstrava preocupações que hoje apenas foram agravadas:

Hoje, com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável (dados relativos à pessoa [cf. § 2 I BDSG – Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais]) podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas em qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinadas, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso. Com isso, ampliaram-se, de maneira até então desconhecida, as possibilidades de consulta e influência que podem atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas.⁸

A histórica decisão do TCF já abria considerações sobre a perfilização e sobre como os dados pessoais podem ser utilizados em detrimento de seu titular. Naquele momento, a objeção se dava em face do Estado, mas, no contexto atual, o titular dos dados pessoais deve sempre temer a utilização de seus dados em todas as relações travadas.

No plano da persuasão, a junção da tecnologia, Publicidade, Psicologia, Neurociência, Marketing e das TICs deu ensejo à criação do que se convencionou chamar de tecnologias persuasivas, as quais possuem variados recursos para a persuadir um indivíduo através de apropriação de desvios sistemáticos de racionalidade, estratégias persuasivas moldadas visando um determinado perfil psicográfico ou meios mais simples de intervenção⁹.

Dá surgem os questionamentos propostos nesta Tese a respeito da efetividade destas tecnologias persuasivas e se a sua utilização viola um direito fundamental à livre tomada de decisão, ou seja, à possibilidade do indivíduo tomar decisões sem a influência de manipulações.

Quando se iniciou a discussão sobre a introdução de uma Lei Geral de Proteção de Dados no Direito brasileiro¹⁰, tivemos uma profusão de trabalhos sobre tecnologia, privacidade e proteção de dados que demonstram a grande criatividade e seriedade de nossos pesquisadores, sendo que vários deles em nada perdem para as pesquisas realizadas por figuras de proa no

Tuomas, Do Persuasive Technologies Persuade? - A Review of Empirical Studies, *in*: SPAGNOLLI, Anna; CHITTARO, Luca; GAMBERINI, Luciano (Orgs.), **PERSUASIVE 2014**, Heidelberg: Springer, 2014, p. 118–136.

⁸ MARTINS, Leonardo, **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, São Paulo: Konrad-Adanauer Stiftung, 2016, p. 57–58.

⁹ Confira-se a bibliografia da parte II desta Tese.

¹⁰ A discussão remonta à apresentação de um primeiro projeto pelo Ministério da Justiça ainda em 2010. Veja-se: DONEDA, Danilo, Panorama histórico da proteção de dados pessoais, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

âmbito internacional¹¹, isto sem contar os trabalhos seminais de DONEDA¹² e MENDES¹³, que estabeleceram as bases da discussão no Brasil.

Contudo, parece-nos que, mesmo dentro deste ambiente extremamente inovador e recheado de excelentes trabalhos, há espaço para alguns questionamentos que não têm sido objeto de ampla atenção por parte de nossa doutrina.

A discussão que propomos aqui diz respeito a dois itens fundamentais (os quais são melhor elaborados nos problemas de pesquisa): i) até que ponto podemos ser persuadidos ou manipulados pela tecnologia?; e ii) há alguma resposta por parte do ordenamento jurídico frente à manipulação por meio de tecnologias persuasivas?

O objetivo desta Tese é enfrentar e responder a estas questões de modo satisfatório à luz do estado da arte de ciências e conhecimentos como a Filosofia, a Psicologia, a Neurociência, a Publicidade e, por óbvio, o Direito.

Esta Tese deve ser vista como a continuação de nossa dissertação de mestrado no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, na qual tratamos da precificação personalizada, ou seja, da atribuição de preços diferentes para cada consumidor com base em seus dados pessoais¹⁴.

Ultrapassado aquele primeiro contato com o tema da perfilização, passamos agora a uma face muito mais complexa da relação entre Direito e Tecnologia, que desagua na utilização de meios tecnológicos para persuadir ou manipular indivíduos, influenciando em seu processo de tomada de decisão, o que possui repercussões ainda maiores que a discriminação de preços.

Por este motivo, embora esta Tese encerre em si mesma um trabalho completo, dotado de todos os elementos para a solução dos problemas de pesquisa enfrentados, recomendamos

¹¹ DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.), **Lei Geral de Proteção de Dados: a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020; FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (Orgs.), **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Orgs.), **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021; FRAZÃO, Ana; MÜLHOLLAND, Caitlin (Orgs.), **Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.), **Compliance e políticas de proteção de dados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Orgs.), **Regulação e novas tecnologias**, Belo Horizonte: Fórum, 2018; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; ZAVAGLIA, Alexandre (Orgs.), **Direito, Inovação e Tecnologia**, São Paulo: Saraiva, 2015; LEONARDI, Marcel, **Fundamentos de Direito Digital**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Orgs.), **Direito Digital: direito privado e internet**, 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

¹² DONEDA, Danilo, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹³ MENDES, Laura Schertel, **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**, São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴ KOGA, Bruno Yudi Soares, **Precificação Personalizada**, São Paulo: Almedina, 2021.

ao leitor a leitura da dissertação para a compreensão de que temas lá expostos com maior fôlego são agora tomados como discussões superadas ou ainda tratados de maneira menos aprofundada.

Esta tese de doutorado trata da utilização de tecnologias persuasivas e a necessidade do reconhecimento do direito fundamental à livre tomada de decisão.

Os problemas de pesquisa podem ser sintetizados em três perguntas:

- a) As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo?;
- b) Caso as tecnologias persuasivas afetem a tomada de decisão do indivíduo, elas podem em todo ou em parte ser consideradas manipulativas?; e
- c) Há um direito fundamental à livre tomada de decisão abrangendo não apenas o fazer o que a lei permite, mas também que as decisões sejam tomadas sem influências manipulativas?

Esta Tese visa tratar de três problemas, sendo que há uma questão preambular que deve ser tocada. Ainda que uma resposta negativa seja apresentada aos problemas a) e b), isto não elide a possibilidade de que a hipótese c) receba uma resposta afirmativa.

Da mesma forma, o problema b) jamais poderá receber uma resposta afirmativa se a resposta ao problema a) for negativa.

Assim, podemos excluir o problema a) de nossas considerações e partir a uma matriz entre as hipóteses b) e c), porém, não se pode excluir a hipótese de que não fique suficientemente claro o potencial manipulativo das tecnologias persuasivas.

Deste modo, a resposta à hipótese b) poderá simplesmente ser um *non liquet* (não está claro), deixando para o futuro uma aferição mais concreta do potencial das tecnologias persuasivas.

Feitas estas ponderações, elaboramos a tabela de hipóteses abaixo onde: i) (A) = resposta afirmativa; ii) (N) = resposta negativa; e iii) (?) = não é possível dar uma resposta definitiva no momento.

Os itens B e C correspondem aos problemas b) e c) elencados no item dos problemas de pesquisa.

Assim, podemos sintetizar todas as hipóteses de pesquisa na matriz abaixo:

Tabela 1 – Matriz de hipóteses frente às perguntas de pesquisa

| | C(A) | C(N) |
|------|---|---|
| B(A) | As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo e podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas que com este direito conflitam devem ser reputadas contrárias à Constituição Federal e/ou à legislação infraconstitucional. | As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo e podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Contudo, não há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas não afetam a Constituição Federal, embora possam encontrar resistência na legislação infraconstitucional. |
| B(N) | As tecnologias persuasivas não afetam a tomada de decisão do indivíduo e, portanto, não podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Há um direito fundamental à livre tomada de decisão, mas as tecnologias persuasivas não afetam este direito fundamental, embora possam encontrar resistência na legislação infraconstitucional. | As tecnologias persuasivas não afetam a tomada de decisão do indivíduo e, portanto, não podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Além disto, não há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas não afetam a Constituição Federal, embora possam encontrar resistência na legislação infraconstitucional. |
| B(?) | As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo, mas não está claro se podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas que com este direito conflitam devem ser reputadas contrárias à Constituição Federal e/ou à legislação infraconstitucional. | As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo, mas não está claro se podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Em todo caso, não há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas não afetam a Constituição Federal, embora possam encontrar resistência na legislação infraconstitucional. |

Fonte: Elaborada pelo autor

A justificativa de tal estudo deriva do fato de que se tornou lugar comum assinalar que a evolução tecnológica permitiu o tratamento de grandes conjuntos de dados em velocidade impressionante (*Big Data*) e que se vive hoje no “capitalismo de vigilância”¹⁵ e na “sociedade da informação”¹⁶.

O tratamento de dados pessoais pode levar à tomada de decisões sobre qual o melhor atendimento para um determinado paciente, a detecção de espécies de doenças com grau maior de precisão, redução de publicidades desnecessárias, personalização de produtos e serviços e diversos outros benefícios aos consumidores¹⁷.

No que toca especificamente à publicidade digital, pode-se colocar como benefício a redução dos chamados custos de transação, referentes à localização, negociação e fiscalização da execução de contratos¹⁸. Significa dizer que a publicidade reduz a busca por fornecedores de produtos ou serviços quando adequadamente endereçada ao consumidor (nível macro)¹⁹.

Da mesma forma, a publicidade nos meios digitais fornece ao consumidor serviços mediante a obtenção de seus dados pessoais, tais como o buscador Google ou as redes sociais do Grupo Meta, além de determinados periódicos²⁰.

Ao mesmo tempo, a criação de perfis dos usuários, aliada a técnicas de Publicidade, Psicologia e Neurociência, pode auxiliar os controladores a elaborar anúncios personalizados ou ainda com o potencial de explorar vieses e heurísticas dos consumidores e interferir nos processos decisórios²¹ (tecnologias persuasivas)²².

Note-se que a utilização de tecnologias persuasivas ultrapassa o modelo de publicidade massificada, constante nos meios clássicos de rádio, televisão e jornais²³, e estabelece como paradigmas a publicidade comportamental, o microdirecionamento e a perfilização²⁴. Desta maneira, o anúncio é elaborado do modo mais eficiente possível para cada consumidor ou grupo de consumidores²⁵.

¹⁵ ZUBOFF, Shoshana, **The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a human future at the new frontier power**, Nova York: PublicAffairs, 2019.

¹⁶ CASTELLS, Manuel, **The Information Age: Economy, Society, and Culture - The Rise of Network Society**, 2. ed. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.

¹⁷ HALKO; KIENZ, Personality and Persuasive Technology.

¹⁸ COASE, Ronald, The Problem of Social Cost, **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.

¹⁹ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 288.

²⁰ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 6; BASAN, Arthur Pinheiro, **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 149.

²¹ CALO, Ryan, Digital Market Manipulation, **The George Washington Law Review**, v. 82, p. 995–1051, 2014.

²² FOGG, B. J., **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, San Francisco: Morgan Kaufman Publishers, 2003.

²³ FLETCHER, Winston, **Advertising: A Very Short Introduction**, Nova York: Oxford University Press, 2010.

²⁴ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁵ KAPTEIN *et al*, Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles.

Como leciona FRAZÃO:

Na atualidade, não são poucos os estudos que já alertam para o problema da manipulação digital, problema que só tende a ser agravado com o desenvolvimento cada vez mais intenso da neurotecnologia e das técnicas de mapeamento de dados cerebrais. Se até pouco tempo atrás, o cérebro humano correspondia à última fronteira da privacidade, uma vez que pelo menos nossos pensamentos e emoções estavam a salvo de qualquer escrutínio que não fosse o exclusivamente pessoal, hoje o cérebro humano está sob constante ameaça.²⁶

Diante das possibilidades de convencimento das tecnologias persuasivas, questiona-se a possibilidade de sua utilização à luz da Constituição Federal, que, além da dignidade da pessoa humana, serve de base ao direito fundamental implícito do livre desenvolvimento da personalidade²⁷ (o qual se bifurca no direito geral de liberdade/liberdade de ação²⁸ e no direito geral de personalidade²⁹), especialmente quanto à existência de um pressuposto para o exercício da liberdade que seja a possibilidade de tomada de decisões sem a intervenção de meios manipulativos na tomada de decisão.

Assim, não se busca uma panaceia para as decisões equivocadas ou mesmo uma transformação da atividade publicitária em um insosso anúncio de “fatos relevantes” de uma sociedade empresária. Procura-se apenas e tão somente que as decisões tomadas pelo consumidor sejam efetivamente tomadas com algum nível de esforço cognitivo genuíno e não manietadas por técnicas que removem do usuário a efetiva capacidade de escolha.

No que toca à metodologia, os métodos adotados são basicamente dois: indutivo e dedutivo.

O instrumental indutivo está atrelado à análise das pesquisas empíricas relacionadas à Psicologia, à Neurociência e à Publicidade, o ponto de partida será as descobertas proporcionadas pelos estudos empíricos visando a análise de sua possível universalização com base em critérios de replicabilidade e falseabilidade.

No que diz respeito à análise do Direito vigente, aqui considerado como um conjunto de premissas maiores, o método a ser utilizado será dedutivo, aplicando os comandos jurídicos aos casos analisados pelo método indutivo.

²⁶ FRAZÃO, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital.

²⁷ Sobre o livre desenvolvimento da personalidade, veja-se: MOREIRA, Rodrigo Pereira, **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana**, Curitiba: Juruá, 2016.

²⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; SILVA, Virgílio Afonso da, **Direito Constitucional Brasileiro**, São Paulo: Edusp, 2021, p. 166–7.

²⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de, **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**, 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 258; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 454; MOREIRA, **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana**, p. 161.

No que toca à abordagem, torna-se mais difícil assinalar a utilização de uma ferramenta teórica específica que não seja a bibliográfica, visto que cada parte da Tese analisa problemas que são oriundos de distintas áreas do conhecimento.

Por conta disto, a escolha de uma abordagem diversa ensejaria problemas de difícil solução para acomodar tantas formas de se pensar problemas tão complexos.

Quanto às referências, buscou-se ter contato sempre com as obras em sua língua original e, quando possível, fazer remissão a traduções existentes em português. As citações diretas são oriundas de tradução livre do autor ou de traduções já existentes.

Em relação à escrita, esta Tese busca a maior quantidade de informação com a menor quantidade de páginas possível ao mesmo tempo que a clareza recebe uma importância fundamental. O leitor é o juiz a respeito do sucesso desta empreitada.

O roteiro da Tese é dividido em três partes, as quais lidam com os seguintes temas: i) livre arbítrio, personalidade e tomada de decisão; ii) publicidade, propaganda, tecnologias persuasivas e suas implicações; e iii) proposta de um direito fundamental à livre tomada de decisão.

Diante destes tópicos, passa-se a breves esclarecimentos a respeito de sua ligação e dos motivos que forçaram sua inclusão nesta Tese.

O leitor pode se perguntar o motivo de uma Tese que trata de tecnologias persuasivas ter seu início justamente com questões que são, na melhor das hipóteses, extremamente controversas. Trata-se de um questionamento válido e, nos próximos parágrafos, espera-se demonstrar a necessidade do enfrentamento de tais problemas antes de adentrar na discussão a respeito das tecnologias persuasivas.

SILVA, por exemplo, compreende a questão da liberdade/livre arbítrio irrelevante com base nos seguintes fundamentos:

Não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre-arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.³⁰

Não nos parece que se trate de um problema meramente decorativo, inclusive à luz da base fática sobre a qual deverá repousar o direito fundamental à liberdade de pensamento, pois

³⁰ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 231.

a ausência de livre arbítrio faz soçobrar o que SILVA rememora que os antigos entendiam como “liberdade *primária* e ponto de partida das outras” (grifo no original)³¹.

Entendemos que a verificação de alteração de comportamentos dos indivíduos deve principiar pela discussão a respeito da existência ou inexistência do livre arbítrio, ou seja, se o ser humano é capaz de tomar suas decisões orientado por si mesmo ou se está preso dentro das influências que recebe, venham elas de herança genética, elementos ambientais, culturais ou eventos relevantes em sua formação³².

Particularmente, estas questões que, com alguma grosseria, podem ser chamadas de epistemológicas ou, de modo mais adequado, pressupostos da Tese, preocupam-nos por duas ordens de fatores: i) necessidade de se pensar o Direito a partir do ser humano cuja conduta será objeto de regulação; e ii) pressuposto lógico da possibilidade de influência ou manipulação por parte das tecnologias persuasivas.

Na doutrina contemporânea, trata-se de um tema pouco abordado pelos estudiosos do Direito, estando mais adstrito a áreas como a Filosofia, a Psicologia e a Neurociência. Há de se destacar aqui esta falha no pensamento jurídico que será desenvolvida no final da Parte I desta Tese³³.

Reitere-se, o tema não é uma discussão bizantina, mas algo que toca a própria existência e modo de aplicação das disposições jurídicas. Alguém somente pode ser condenado criminalmente se possuir efetivamente possibilidade de agir de outro modo e um contrato somente é válido se está baseado na autonomia da vontade/privada. Até mesmo nas discussões sobre o Direito do Consumidor, que prescindem do dolo ou da culpa na responsabilidade civil, há de se questionar a licitude de uma condenação se não for possível ao fornecedor agir de modo diverso do qual agiu, o que está, de certo modo, no campo do nexa causal.

Evidentemente, o Direito possibilita que o intérprete do texto legal se esquive de tais questionamentos através da adoção de variadas teorias sobre o nexa causal³⁴, por exemplo. Mas

³¹ *Ibid.*, p. 241.

³² PINK, Thomas, **Free Will: A Very Short Introduction**, Nova York: Oxford University Press, 2004; SEARLE, John R., **Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power**, Nova York: Columbia University Press, 2007; KANE, Robert, **A Contemporary Introduction to Free Will**, Nova York: Oxford University Press, 2005; BALAGUER, Mark, **Free Will as an Open Scientific Problem**, Cambridge: The MIT Press, 2010.

³³ Não se pode ignorar, contudo, contribuições como a elaborada por RODRÍGUEZ, que analisou o problema com profundidade. RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel, **Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução da dogmática**, São Paulo: Marcial Pons, 2018.

³⁴ BRAGA NETTO, Felipe, **Novo Manual de Responsabilidade Civil**, Salvador: JusPodivm, 2019, p. 283 e seguintes; CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020; MIRAGEM, Bruno, **Curso de Direito do Consumidor**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 708 e seguintes; NORONHA, Fernando, O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL, **Revista**

não deixa de ser sintomático que o próprio ordenamento jurídico tenha de formular ficções para cobrir sua possível incongruência com o “mundo real”.

Não se espera que o Direito seja perfeitamente adequado à realidade, mas um ordenamento jurídico está mais bem preparado para regular ações individuais e lhes dar previsibilidade a partir do momento em que reflete as reais condições dos sujeitos que são objeto dos comandos normativos.

Um sistema jurídico que não questiona a efetiva existência da liberdade do indivíduo está preso em uma dimensão paralela, alheia aos fatos e, justamente por conta disto, não necessita de mudanças. Se tudo transcorre sem qualquer preocupação com a realidade social, pouco importa o teor da legislação, o sistema isolado é perfeito em si mesmo e não precisa de reparos.

Contudo, a Teoria do Direito não pode ser complacente com esta ausência de questionamento a respeito de seu aspecto prático³⁵, pelo contrário, deve adentrar nos mais obscuros temas de um *pesadelo kelseniano* e se embrenhar na averiguação de como temas como liberdade, fatores genéticos, econômicos e culturais, ainda que isso resulte no “sincretismo metodológico” ou na perda da firmeza metodológica obtida apenas mediante uma Teoria Pura³⁶, que explica perfeitamente a forma, mas é silente a respeito do conteúdo do Direito.

Isto significa que as tecnologias voltadas à persuasão do consumidor, seja pelo tratamento de seus dados pessoais, seja pela exploração de heurísticas e visões são objeto de análise a fim de verificar se possuem real efetividade na tomada de decisão do indivíduo ou se não influenciam esta decisão.

Caso não se verifique o livre arbítrio, impossível dizer que uma dada publicidade por meio de tecnologias persuasivas influenciou a tomada de uma decisão e, pior que isso, o próprio sistema jurídico necessitaria de uma revisão profunda, pois a ausência do livre arbítrio joga por terra não apenas a possibilidade de condenação, mas também objetivos como a ressocialização dos condenados, por exemplo.

dos Tribunais, v. 816, p. 733–752, 2003; TARTUCE, Flávio, **Manual de Direito Civil**, 9. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 446–447.

³⁵ “Agora, entretanto, uma análise mais precisa mostrou que o Direito é cada vez mais penetrado por orientações de finalidade. Significa dizer, o Direito – o bom jurista, se se preferir, sempre pensa quais serão as consequências se ele (o Direito) representar uma determinada visão jurídica e se determinadas interpretações da lei por corretas ou incorretas considera.” (tradução livre). No original: „Nun hat sich aber in einer genaueren Analyse gezeigt, dass in das Recht zunehmend auch Zweckorientierungen eindringen, das heißt, das Recht - oder der gute Jurist, wenn man so sagen will - überlegt immer auch, was die Folgen sein werden, wenn es eine bestimmte Rechtsansicht vertritt und wenn es bestimmte Interpretationen der Gesetze für richtig oder für nicht richtig hält“. LUHMANN, Niklas, **Einführung in die Systemtheorie**, 2. ed. Heidelberg: Carl-Auer Systeme Verlag, 2004, p. 51.

³⁶ KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.

Mas não é apenas o exercício do livre arbítrio que está relacionado às tecnologias persuasivas, também há de se questionar qual o papel da personalidade no agir individual, inclusive diante de descobertas que correlacionam determinados hormônios a maiores ou menores influências de traços de personalidade³⁷, além do funcionamento do cérebro e a perspectiva evolutiva.

Ao fim e ao cabo, não se deve elaborar uma pesquisa que dê amparo à afirmação de DAWKINS de que as humanidades são ensinadas (no caso, pesquisadas), como se Darwin jamais tivesse existido³⁸.

Além disto, os modelos de tomada de decisão devem ser explorados, pois desempenham um papel relevante na descrição do comportamento humano, visto que há modelos superados como a agulha hipodérmica e outros manifestamente fictícios como a escolha racional³⁹.

Entre tais modelos, residem teorias que nos parecem mais próximas de uma explicação do real processo decisório do ser humano, baseadas em sistemas duais como os de probabilidade de elaboração e o heurístico-sistemático.

Somente após toda esta bagagem ser devidamente compreendida teremos as ferramentas para analisar o papel das tecnologias persuasivas, especialmente aquelas que se aproveitam de traços de personalidade e de heurísticas e vieses para conduzir o consumidor a uma dada tomada de decisão.

A segunda parte toca a confluência entre publicidade, propaganda e tecnologias persuasivas, visto que as tecnologias persuasivas são o ponto de encontro da aplicação prática de variadas espécies de preocupações científicas.

³⁷ MCCRAE, Robert R., The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020; DEYOUNG, Colin G.; BLAIN, Scott, Personality Neuroscience, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

³⁸ DAWKINS, Richard, **The selfish gene: 40th anniversary edition**, Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 2.

³⁹ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**; THALER, Richard, **Misbehaving: The Making of Behavioral Economics**, [s.l.]: W. W. Norton & Company, 2015; KAHNEMAN, Daniel, **Thinking, Fast and Slow**, Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2011; PETTY, Richard; BRINOL, Pablo, The Elaboration Likelihood Model, *in*: **Handbook of Theories of Social Psychology**, Londres: Sage, 2012, v. 1; CHAIKEN, Shelly; LEDGERWOOD, Alison, A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing, *in*: **Handbook of Theories of Social Psychology**, Londres: Sage, 2012, v. 1; BARON, Jonathan, Heuristics and Biases, *in*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Orgs.), **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014; FRIESTAD, Marian; WRIGHT, Peter, The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts, **Journal of Consumer Research**, v. 21, p. 1–31, 1994.

De um lado, sua utilização somente pode ser concebida a partir de uma compreensão da evolução da publicidade e seu trânsito das mídias de massa às mídias digitais, que permitiram um avanço sem igual no monitoramento dos consumidores⁴⁰ e na perfilização.

Ao lado disto, a evolução da Psicologia da personalidade permitiu que se pudesse aferir traços de personalidade com maior segurança e robustez, tornando então factível a segmentação de indivíduos através de seus traços predominantes.

Igualmente relevantes foram as contribuições da Psicologia comportamental que, através de modelos de sistemas duais, permitiram a compreensão de processos decisórios com maior ou menor nível de raciocínio por parte dos consumidores.

A união destas evoluções recebeu o incremento de grande quantidade de processamento de dados pessoais, que viabilizou o envio de mensagens direcionadas aos indivíduos a partir de suas personalidades⁴¹ ou ainda, de modo mais genérico, explorando heurísticas e vieses dos consumidores.

Com todos estes elementos conjugados, tornou-se possível a utilização de tecnologias persuasivas que não são informadas aos destinatários da tentativa de persuasão e que podem resultar em manipulação dos indivíduos. Consideremos, por exemplo, as duas principais aplicações das tecnologias persuasivas: i) publicidade; e ii) propaganda eleitoral.

A literatura sobre tecnologias persuasivas ainda é objeto de nicho pouco explorado pela literatura brasileira, mais focada em efeitos evidentes de publicidades direcionadas ao público infantil ou ainda abusivas dentro dos padrões descritos no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas sem atenção às demais possibilidades do rol aberto previsto no mesmo dispositivo⁴².

Da mesma forma, a preocupação com a propaganda política, no plano legislativo, está focada em *showmícios* e entrega de vantagens aos eleitores (art. 39, §§ 6º e 7º, da Lei das Eleições) ou à emulação de “estados mentais, emocionais ou passionais” (art. 242 do Código Eleitoral). Isto contudo não significa desconsiderar os esforços do Tribunal Superior Eleitoral

⁴⁰ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**; THORSON, Esther; ROGERS, Shelly, Advertising Theory in the Digital Age, *in*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.), **Advertising Theory**, 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.

⁴¹ ZAROUALI, Brahim *et al*, Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media, **Communication Research**, p. 1–26, 2020; LAVIGNE, Mathieu, Strengthening ties: The influence of microtargeting on partisan attitudes and the vote, **Party Politics**, v. 27, n. 5, p. 965–976, 2021; SILVA, **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**; KAISER, Brittany, **Targetd: The Cambridge Analytica Whistleblower’s Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again**, New York: HarperCollinsPublishers, 2019.

⁴² Veja-se a revisão de literatura constante na Parte III desta Tese.

(TSE) em tornar as eleições mais equilibradas e despidas de desinformação, como se pode notar na Resolução 23.671/21, por exemplo⁴³.

Assim, uma análise das tecnologias persuasivas possui grande possibilidade de viabilizar um incremento significativos nas discussões sobre a proteção da sociedade em geral, mas deve ser feita sem elementos de neofilia ou neoludismo.

Por fim, apresentamos aqui a proposta de um direito fundamental à livre tomada de decisão, escorado no direito de que as decisões dos indivíduos sejam livres de artifícios manipulativos e possam ser elaboradas de modo materialmente livre e não apenas em seu aspecto formal.

Com efeito, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 marcou o período da redemocratização e abrangeu, de modo sem precedentes, a primazia da dignidade da pessoa humana, colocando-a como fundamento da República Federativa do Brasil.

A despeito da indeterminação jurídica da dignidade da pessoa humana, cujos contornos e limites não são precisados (e nem poderiam) pela doutrina dos mais diversos países⁴⁴, dentro de seus corolários se encontra o direito à liberdade, o qual se encontra fragmentado em inúmeras espécies, tais como a liberdade de pensamento, opinião, crença, associação etc.

Caminho diverso foi seguido pela Constituição alemã de 23 de maio de 1949, a qual, logo após apregoar que a dignidade da pessoa humana é inviolável⁴⁵, passa a assinalar que todo indivíduo possui direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não conflite com o direito ou a moral⁴⁶.

Esta disposição foi acolhida pelo TCF como uma liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*), tomado como um *laissez faire, laissez passer* mitigado e um direito geral

⁴³ Veja-se a revisão de literatura constante na Parte III desta Tese.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 23; SARMENTO, Daniel, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 16; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 272; BARROSO, Luís Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273; HILGENDORF, Eric, Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild, in: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (Orgs.), **Handbuch Rechtsphilosophie**, Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017, p. 368; SACHS, Michael, **Verfassungsrecht - Grundrechte**, 3. ed. Berlin Heidelberg: Springer, 2017, p. 218.

⁴⁵ Cf. Art. 1º (1) da Constituição alemã: „(1) A dignidade do homem é inviolável. Dela respeitar e proteger é dever de todo poder estatal” (tradução livre). No original: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

⁴⁶ Cf. Art. 2º (1) da Constituição alemã: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não viole direitos de outros e não viole a ordem constitucional ou a lei moral” (tradução livre). No original: „(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”

de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*)⁴⁷, sendo o último que desembocou ainda em áreas como a autodeterminação informativa (*informationelle Selbstbestimmung*)⁴⁸.

O livre desenvolvimento da personalidade também se encontra em diversas outras Constituições da América Latina e da Europa⁴⁹.

Embora não exista uma disposição expressa a respeito do livre desenvolvimento da personalidade em nossa Constituição Federal, tal direito fundamental já encontrou reconhecimento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁰.

De todo modo, ainda em sua formulação mais simples, a existência de um direito geral de liberdade e de um direito geral de personalidade é importante para que seja possível discutir de modo mais abrangente a necessidade de que não apenas o agir seja protegido, mas também os processos de tomada de decisão⁵¹.

A partir do momento em que as decisões individuais podem ser influenciadas de modo manipulativo por terceiros, inclusive pelo próprio Estado, ganha corpo a preocupação que o direito à liberdade não seja apenas um direito à exteriorização da vontade, mas também à própria formulação desta vontade.

Por este motivo, dizemos nesta Tese que *o direito à livre tomada de decisão é a antessala do direito à liberdade*, devendo ser considerado como um direito de igual importância ao exercício exterior da liberdade.

Verificados os itens anteriores, não espantaria que esta Tese terminasse com um verdadeiro rogo à completa abolição de toda e qualquer tecnologia persuasiva.

Contudo, a questão não pode ser vista desta maneira.

As tecnologias persuasivas possuem um papel importante em diversos cenários e que não estão diretamente ligados à manipulação⁵².

Por conta disto, uma aplicação pode incentivar um indivíduo a cuidar melhor de sua saúde através de uma boa alimentação e exercícios físicos, assim como promover uma melhora de vida através do enfrentamento de práticas como o tabagismo ou o alcoolismo.

⁴⁷ MARTINS, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais, p. 50.

⁴⁸ EPPING, Volker; LENZ, Sebastian; LEYDECKER, Philipp, *Grundrechte*, 8. ed. Berlin: Springer, 2019.

⁴⁹ Cf. Parte III, item 2.

⁵⁰ Nas decisões colegiadas: ADI 4275, ADI 6387 MC-Ref e ADO 26.

⁵¹ KRUSE, Lenelis, *Personale und interpersonale Sphären und Grenzen der Person*, in: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.), *Persönlichkeit, Familie, Eigentum*, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987; FRAZÃO, *Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital*.

⁵² FOGG, *Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do*.

Isto pode se dar por mensagens elaboradas diretamente para um dado tipo de personalidade e seus ganhos, quando presente o consentimento do titular dos dados, parecem superar a ideia de uma completa abolição de tais práticas⁵³.

Contudo, ao mesmo passo, a utilização de tecnologias persuasivas deve ser veementemente regulada no contexto publicitário e na propaganda eleitoral, dados os possíveis efeitos deletérios que pode causar na vida dos cidadãos.

Assim, o fino equilíbrio entre hipóteses autorizadas e desautorizadas será buscado terceira parte desta Tese.

Cabe agora assinalar os pontos que não serão tocados na tese, pois tão importante quanto delimitar o problema de pesquisa, suas hipóteses e justificativas é assinalar ao leitor os pontos não abrangidos e apresentar algumas considerações sobre o que efetivamente se pretende com sua escrita.

Em primeiro lugar, é oportuno assinalar que estamos fazendo um recorte dentro do que se deve entender por tecnologias persuasivas. Nem todas elas se relacionam com heurísticas e vieses ou traços de personalidade.

A seleção foi feita por critérios de maior intervenção no processo de tomada de decisão do usuário. Assim, um despertador instalado no aparelho celular que exige a realização de operações matemáticas, fotos ou movimentos físicos⁵⁴, a princípio, não é uma tecnologia persuasiva apta a causar problemas graves ao indivíduo.

Além disto, necessário relatar que será dada grande importância ao Direito do Consumidor na presente Tese. Isto, porém, não significa que um direito fundamental à livre tomada de decisão esteja preso a estas relações.

Pode-se pensar na utilização de tecnologias persuasivas a estimular “parceiros” de aplicações a continuar trabalhando por horas a fio em detrimento de sua saúde física e mental ou em propaganda eleitoral baseada em traços de personalidade e direcionada a grupos específicos de eleitores, por exemplo.

Desta maneira, a livre tomada de decisão não pode ser lida como um privilégio do consumidor, mas receber o status de um direito fundamental que abrange a todos os indivíduos, independentemente da natureza jurídica conferida às relações travadas.

Aliás, um dos pontos principais que necessitam de esclarecimento é a relação entre tecnologias persuasivas e política. Embora haja capítulos e menções referentes às disputas

⁵³ HALKO; KIENZ, Personality and Persuasive Technology.

⁵⁴ Veja-se, por exemplo, o aplicativo “Army”. Disponível em: https://play.google.com/store/apps/details?id=droom.sleepIfUCan&hl=pt_BR&gl=US (acesso em 19.06.22).

eleitorais, esta Tese não pode ser vista como um trabalho elaborado especificamente ao Direito Eleitoral e muito menos a áreas como a Sociologia e a Ciência Política.

Não há espaço e tampouco capacidade por parte do autor em elaborar, neste momento, um estudo compreensivo do estado de coisas vivido no Brasil e muito menos no Ocidente. Ainda que isso não fosse uma evidente verdade, as tecnologias persuasivas são apenas uma parte de um quebra-cabeça muito maior e que necessita de elementos como maior conhecimento e distanciamento histórico para sua solução.

Também não se pretende enfrentar nesta Tese as discussões referentes ao paternalismo-libertário e à utilização de *nudges*⁵⁵. Há muito a se considerar a respeito de regulações, regras padrão e exercício da liberdade. Ainda que os *nudges* possam ser utilizados através de tecnologias persuasivas, o cuidado com o tema mereceria uma profunda reformulação da Tese, especialmente lidando com as relações entre cidadão e Estado.

Por fim, esta Tese também não objetiva apresentar uma visão definitiva da natureza humana ou adentrar em concepções dualistas (corpo e alma/corpo e mente), de maneira que o foco se encontra nas pesquisas empíricas com suas limitações ao plano materialista/monista, ainda que muito esteja por ser descoberto a respeito não só a respeito de como tomamos nossas decisões, mas sobre toda a maravilha da experiência humana.

Ao final desta tese, defende-se que a hipótese mais acertada corresponde a B(?)/C(A), cujo teor é o seguinte: As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo, mas não está claro se podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas que com este direito conflitam devem ser reputadas contrárias à Constituição Federal e/ou à legislação infraconstitucional.

Isto se dá pela dificuldade de extrapolar os estudos empíricos sobre tecnologias persuasivas baseadas em perfis psicográficos e princípios da persuasão em grau que torne possível aferir, com segurança, seu caráter manipulativo, pois há incongruências de métodos, estratégias e conclusões. Contudo, resta a sombra de variados sucessos de estudos e casos como o da Cambridge Analytica, a demonstrar a necessidade de efetiva preocupação com as tecnologias persuasivas.

Por outro lado, a literatura sobre vieses e heurísticas, por exemplo, demonstra com maior segurança a possibilidade de manipulação por meio das tecnologias persuasivas. Isto se dá

⁵⁵ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R., **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**, Nova York: Penguin Books, 2009.

porque compõem um corpo mais coeso de estudos e cuja replicabilidade alcançou maior grau de maturidade.

Ainda que isto seja verdade, isto não impede que se verifique, a partir da dogmática jurídica, a existência do direito fundamental à livre tomada de decisão, escorado não apenas na dignidade da pessoa humana, mas também no livre desenvolvimento da personalidade em sua dupla dimensão.

Entretanto, há de se notar que, embora não seja possível, comprovar de maneira cabal o caráter manipulativo das tecnologias persuasivas em geral, nada impede a existência de regulação específica sobre a matéria, especialmente em relação a temas mais consolidados a respeito dos impactos das tecnologias persuasivas.

Portanto, entendemos que: i) não resta totalmente comprovado o caráter manipulativo das tecnologias persuasivas; e ii) o fato de que isto não reste comprovado não afeta a possibilidade do reconhecimento do direito fundamental à livre tomada de decisão, inclusive com sua concreção por meio de legislação infraconstitucional.

Parte I: Livre arbítrio, personalidade e tomada de decisão

1. O problema do livre arbítrio

Antes de analisar como se dá a persuasão tecnológica, há uma questão tormentosa e sem resposta definitiva (ao menos até o presente momento). Há livre arbítrio (*free will*) ou nossas escolhas são moldadas por fatores exógenos? Quem sabe, abra-se a nós uma terceira hipótese, a de que nossa vontade, os fatores genéticos e culturais convivam em uma intrincada rede de influências recíprocas.

As possibilidades teóricas foram analisadas à exaustão, mas não há uma comprovação empírica de como exatamente tomamos decisões ou de como funciona nossa consciência (se é que a temos⁵⁶) e muito menos se as deliberações que produzimos são fruto do livre arbítrio ou apenas justificadas *a posteriori*. Mais que isso, estas justificações estão presas em um vínculo inarredável de causas antecedentes ou é possível a nós, a despeito das circunstâncias de fato (nossa vivência, nossa constituição biológica, nossa formação cultural etc.), tomarmos decisões que desafiam estas peculiaridades?

⁵⁶ Em sentido negativo, veja-se: BLACKMORE, Susan, **Consciousness: A very short introduction**, Oxford: Oxford University Press, 2005.

PINK sintetiza a questão de modo elegante: “O problema sobre se nós estamos no controle de como agimos e o que esse controle envolve é o que os filósofos chamam de problema do livre arbítrio (*free will*)” (tradução livre)⁵⁷.

Embora não seja possível afirmar que há livre arbítrio⁵⁸, tratando-se de uma discussão atravessa diversas áreas da Filosofia⁵⁹ e, mais recentemente, da Neurociência⁶⁰, o que se pode dizer é que há uma sensação de liberdade nos seres humanos, ao mesmo passo que estamos em um mundo que parece ser extremamente determinado⁶¹. Caso pensemos nos processos neurais, terminaremos verificar que: (i) os eventos são causais, ou seja, há uma série de eventos determinados no cérebro que terminam por definir nossa decisão; ou (ii) não há causa suficiente dentro destes processos neurais⁶².

Como aponta SEARLE, as respostas sobre o problema do livre arbítrio e da liberdade estão vinculadas aos conceitos dos quais se parte⁶³. Para PONTES DE MIRANDA, por exemplo, a questão se divide entre uma análise objetiva e subjetiva, entre causalidade e liberdade, de modo que não haveria contradição⁶⁴. Por sua vez, HARARI entende que os sentimentos são cálculos que ocorrem abaixo de nossa consciência através de processos neurais, de maneira que, para nós, eles parecem ser “o resultado de um misterioso ‘livre-arbítrio’” (tradução livre)⁶⁵.

Outro exemplo de discussão conceitual é a posição de SICHES, para quem o indivíduo não possui livre arbítrio, pelo contrário, o ser humano é arbítrio, aproximando-se da posição libertária (que veremos abaixo)⁶⁶.

Contudo, a posição de SEARLE não é pacífica, BALAGUER, por exemplo, entende que discutir qual o conceito de livre arbítrio utilizado pelas pessoas ou qual o conceito tecnicamente mais apropriado é uma discussão semântica que não toca efetivamente o problema⁶⁷.

Entretanto, para nós, a concepção de livre arbítrio da qual se parte antecipa a própria resposta à questão. Caso tomemos livre arbítrio como algo absolutamente incondicionado,

⁵⁷ PINK, **Free Will: A Very Short Introduction**, p. 2.

⁵⁸ SEARLE, **Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power**, p. 11.

⁵⁹ KANE, **A Contemporary Introduction to Free Will**, p. 2.

⁶⁰ BLACKMORE, **Consciousness: A very short introduction**.

⁶¹ SEARLE, **Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power**, p. 39.

⁶² *Ibid.*, p. 62.

⁶³ SEARLE, John R., **Mind: A Brief Introduction**, New York: Oxford University Press, 2004, p. 221.

⁶⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, Campinas: Bookseller, 2000, p. 176.

⁶⁵ HARARI, Yuval Noah, **21 Lessons for the 21st Century**, Nova York: Spiegel & Grau, 2018.

⁶⁶ SICHES, Luis Ricasens, **Tratado General de Filosofía Del Derecho**, 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 85.

⁶⁷ BALAGUER, **Free Will as an Open Scientific Problem**, p. 32.

evidentemente, teremos uma resposta negativa. Todos temos limitações de ordem física, por exemplo. Neste cenário, apenas um ser divino teria as qualidades necessárias para o livre arbítrio.

Por outro lado, caso se parta do conceito de livre arbítrio como a faculdade de desejar, poderemos dizer que qualquer animal complexo possui livre arbítrio, ainda que não possua consciência reflexiva a respeito de seus próprios desejos.

Ainda noutro exemplo, também se pode considerar o livre arbítrio como a possibilidade de escolha do que se deseja, neste ponto, a experiência amorosa de qualquer pessoa pode levá-la a pensar duas vezes sobre se há um efetivo controle sobre nossos desejos.

Em resumo, a escolha de um conceito de livre arbítrio condiciona a resposta muito mais do que a própria existência desta característica.

De todo modo, deixemos de lado por um momento a conceituação do que se deve compreender como livre arbítrio e vejamos o estado da discussão.

Dentro da formulação clássica do problema do livre arbítrio (“*Old Formulation of the Problem of Free Will*”) há três pontos principais: (i) a existência do determinismo; (ii) a existência do livre arbítrio; e (iii) a incompatibilidade entre determinismo e livre arbítrio. Da rejeição de um ou outro pressuposto nascem as possíveis respostas à questão. Assim, aqueles que rejeitam o determinismo são considerados libertários (*libertarians*), os que rejeitam o livre arbítrio são considerados deterministas extremos (*hard determinists*) e aqueles que acreditam na possibilidade de coexistência entre determinismo e livre arbítrio são chamados de deterministas moderados (*soft determinists*) ou compatibilistas⁶⁸. Note-se, portanto, que os libertários e os deterministas extremos podem ser chamados de incompatibilistas, pois creem na incompatibilidade entre determinismo e livre arbítrio⁶⁹.

De um modo mais simples, podemos analisar a questão dispondo os posicionamentos teóricos sobre o tema em duas classes principais: i) determinismo; e ii) indeterminismo⁷⁰.

Por determinismo, deve-se entender que as escolhas humanas são *determinadas* por elos causais. A força que se dá a esta determinação vai alterar posicionamentos a respeito da existência de livre arbítrio. Assim, se estes elos causais são inescapáveis, não há livre arbítrio, mas apenas o desenrolar dos efeitos de uma causa anterior.

Neste prisma, o indivíduo A necessariamente compraria o produto B, visto que não há qualquer alternativa possível dadas as causas precedentes. O fato de A de comprar o produto B

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1–3; Veja-se também: KANE, A **Contemporary Introduction to Free Will**.

⁶⁹ KANE, A **Contemporary Introduction to Free Will**, p. 23.

⁷⁰ SICHES, **Tratado General de Filosofia Del Derecho**, p. 83.

é causa para outros efeitos, que se tornam causas posteriores, e assim sucessivamente até o fim dos tempos. Esta corrente do determinismo é denominada por alguns de *fatalismo*. KANE sintetiza a posição fatalista da seguinte forma: “Fatalismo é a visão de que o que quer que vá ocorrer, ocorrerá, independentemente do que façamos” (tradução livre)⁷¹ e se deve acrescentar que a conclusão lógica do determinismo extremo é a de que não somos responsáveis pelas nossas ações, dado que tudo se processa em uma cadeia de causas e consequências inescapável⁷².

Entretanto, não se deve tomar o determinismo como sinônimo de fatalismo, pois é possível encarar essa mesma determinação de outra forma. Quando A adquire o produto B, ainda que isso esteja preso a uma corrente de causas antecedentes, não deixa de ter um desejo e uma vontade.

Desta maneira, mesmo preso dentro de uma cadeia de acontecimentos, a compra de A não deixa de ser uma manifestação de seu livre arbítrio. Esta corrente do determinismo é denominada de compatibilista, pois considera a liberdade como poder ou habilidade de satisfazer nossos desejos sem impedimentos de ordem física ou psicológica⁷³.

Uma interessante crítica ao compatibilismo é formulada por KELSEN à luz da doutrina jurídica:

Muitos autores crêm poder resolver o problema do conflito entre a liberdade, como pressuposto indispensável da imputação, e o princípio de uma causalidade determinante de todo o acontecer pela seguinte maneira: um indivíduo é moral ou juridicamente responsável por um evento quando este é provocado pelo seu acto de vontade ou pelo facto de ele ter omitido um acto de vontade que evitaria esse evento; não é responsável por um evento quando este, patentemente, não é provocado pelo seu acto de vontade ou pela omissão de um acto de vontade que evitaria o evento. Afirmar que o homem é livre não traduz senão a sua mente compatível com o determinismo, pois o acto de vontade em questão, ou a sua omissão, são tomados como causalmente determinados. Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer. Com efeito, a consciência de se poder agir como se quer é a consciência de que a nossa acção é causada pela nossa vontade. A questão, porém, não é a de saber se a nossa acção é causada pela nossa vontade – isso não nega o indeterminismo -, mas a de saber se a vontade é ou não causalmente determinada.⁷⁴

A postura kelseniana implica que a posição compatibilista não daria conta de esclarecer se a vontade está presa ou não a elos causais. Contudo, parece-nos que o pressuposto do compatibilismo é a própria determinação da vontade. Neste sentido, a refutação do

⁷¹ KANE, *A Contemporary Introduction to Free Will*, p. 19.

⁷² *Ibid.*, p. 68.

⁷³ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁴ KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 111–112.

indeterminismo é pressuposta, de maneira que discordamos do posicionamento do mestre da Teoria Pura do Direito neste aspecto.

Ainda se deve levar em consideração uma das teorias mais refinadas e interessantes a respeito do tema, elaborada por FRANKFURT em um artigo publicado no *The Journal of Philosophy* em 1971 e que é objeto de amplos debates em todas as obras contemporâneas que lidam de modo mais aprofundado a respeito do livre arbítrio⁷⁵.

O argumento se desenvolve a partir da pergunta sobre o que seria uma pessoa. FRANKFURT entende que os animais em geral são dotados de desejos de primeira ordem, mas, salvo o ser humano, não possuem “autoavaliação reflexiva que se manifesta na formação de desejos de segunda ordem” (tradução livre). Quando uma pessoa *deseja ter desejos* de segunda ordem, ela possui então volições de segunda ordem⁷⁶.

São então estas volições que dão ao homem seu livre arbítrio. De certo modo, a fórmula frankfurtiana necessita então de um atrito entre um desejo de primeira ordem e uma volição de segunda ordem. Para FRANKFURT, não basta ter desejos de primeira ordem, mas desejar ter desejos de segunda ordem diversos, ou seja, uma pessoa somente deve ser assim reconhecida se tiver ao menos esta capacidade⁷⁷.

Note-se, também, que o argumento de FRANKFURT é tão bem elaborado que escapa à discussão do determinismo, pois desejos de primeira ordem e volições de segunda ordem são fricções que permitem a liberdade em um mundo determinado ou não.

Para nós, a posição frankfurtiana dá conta de metade do problema, ela serve para diferenciar o ser humano dos outros animais e apresenta uma solução elegante para o problema do livre arbítrio, mas justamente por considerar necessárias as volições de segunda ordem como elementos essenciais para caracterizar seres humanos, termina por excluir indivíduos em situações específicas nas quais, por conta de doenças mentais, encontram-se inviabilizados de ter volições de segunda ordem.

Assim, embora seja efetivamente interessante levar em conta a posição de FRANKFURT, sob nossa ótica, apenas a discussão sobre o livre arbítrio deve ser aproveitada, pois o conceito de pessoa, sob os termos da civilização ocidental contemporânea, não pode fazer qualquer distinção de pessoas em razão de suas faculdades mentais.

Cuidemos agora da posição indeterminista. Noutras palavras, o exercício do livre arbítrio não está determinado pelas causas antecedentes. Contudo, esta é uma posição que exige

⁷⁵ FRANKFURT, Harry G., Freedom of the Will and the Concept of a Person, **The Journal of Philosophy**, v. 68, n. 1, p. 5–20, 1971.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

extrema cautela em sua compreensão, pois apontar que causas anteriores não determinam a vontade humana não significa que não exista causa anterior.

Realmente, do ponto de vista libertário, o livre arbítrio implicaria no fato de que as decisões humanas (ou algumas delas) são indeterminadas e apropriadamente não aleatórias (*appropriately nonrandom*), sendo que a indeterminidade (*indeterminacy*) cria ou fomenta a não aleatoriedade⁷⁸. Simplificando a questão, o indeterminismo pressupõe que, a despeito de um mesmo passado, diversas escolhas são possíveis ao indivíduo⁷⁹.

De fato, também não exerce o livre arbítrio aquele que atua em absoluta aleatoriedade⁸⁰. A posição indeterminista é de extremo refinamento teórico e se coloca entre um mundo causal dotado de fricções sem as quais o exercício do livre arbítrio seria impossível.

Contudo, os recursos necessários para sustentar uma posição indeterminista são, não raras vezes, extremamente delicados e sem a possibilidade de comprovação científica. Isto se dá, por exemplo, a partir de uma posição dualista a respeito de corpo e alma ou corpo e mente. Como afirma SICHES, que não se coloca como indeterminista: “Eu não sou nem meu corpo nem minha alma, mas o sujeito que tem que viver forçosamente com o corpo e com a alma que o destino lhe conferiu (*que le han tocado en suerte*)” (tradução livre)⁸¹.

Outra formulação possível advém de KANT, para quem “a razão pode determinar em absoluto a faculdade de desejar”, de modo que, a despeito das contingências, o indivíduo pode se autodeterminar⁸².

Também na doutrina jurídica é possível observar que “o ser humano é visto como uma unidade fechada, livre, autônoma, autorreflexiva, autorresponsável e independente (...)” (tradução livre)⁸³, “(...) um ser que não vive apenas no reino da realidade empírica, mas também no reino da liberdade e dos valores (...)” (tradução livre)⁸⁴ ou ainda uma “unidade psicossomática constituída e sustentada por sua liberdade” (tradução livre)⁸⁵.

⁷⁸ BALAGUER, **Free Will as an Open Scientific Problem**, p. 10; Veja-se também: PINK, **Free Will: A Very Short Introduction**, p. 10.

⁷⁹ KANE, **A Contemporary Introduction to Free Will**, p. 17 e 38 e seguintes.

⁸⁰ PINK, **Free Will: A Very Short Introduction**, p. 81.

⁸¹ SICHES, **Tratado General de Filosofia Del Derecho**, p. 86.

⁸² KANT, Immanuel, **A Metafísica dos Costumes**, 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2017, p. 18; KANT, Immanuel, **Die Metaphysik der Sitten**, 18. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2017, p. 317.

⁸³ No original: “Der Mensch wird gesehen als eine in sich abgeschlossene, freie, autonome, selbstreflexive, selbstverantwortliche und selbständige Einheit (...)” KRUSE, *Personale und interpersonale Sphären und Grenzen der Person*, p. 61.

⁸⁴ No original: “Unter einem Menschen verstehe ich ein Wesen, das nicht nur im Bereich der empirisch erfahrbaren Wirklichkeit lebt, sondern auch im Reich der Freiheit und der Werte (...)”. LAMPE, Ernst-Joaquim, *Persönlichkeit, Persönlichkeitssphäre, Persönlichkeitsrecht*, in: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.), **Persönlichkeit, Familie, Eigentum**, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987, p. 75–76.

⁸⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández, *Artículo 1*, in: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.), **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**, 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1, p. 46.

Além disto, também há quem entenda, baseado na mecânica quântica, que não é possível sustentar o determinismo, pois haveria indeterminação no nível subatômico⁸⁶. SEARLE pontua que essa indeterminação não é suficiente por si mesma para nos assegurar a existência do livre arbítrio⁸⁷.

Resumindo o indeterminismo, podemos pensar que, quando A decide adquirir o produto B, o faz em um universo de possibilidades existentes, mas exerce seu livre arbítrio para selecionar o bem de consumo. Antes da decisão de A, não seria possível antever com precisão absoluta qual seria o seu efetivo comportamento, visto que há um elemento imponderável na posição indeterminista.

Defendendo esta posição, PINK entende que as influências que sofremos em nossas decisões, tais como fatores genéticos, são apenas e tão somente influências, não alcançando o nível de determinar a conduta humana⁸⁸. Ao mesmo passo, se formos plenamente racionais e optarmos sempre pela melhor decisão possível, também haverá prejuízo ao livre arbítrio⁸⁹.

O principal argumento em face do indeterminismo é o de que, ainda que os eventos físicos não sejam determinados de tal maneira que impossibilitem o exercício do livre arbítrio, isso não implica necessariamente que não haveria determinismo na relação mente e corpo⁹⁰.

Para nós, a teoria mais segura se encontra no compatibilismo, visto que não é possível comprovar empiricamente a existência ou inexistência de entes metafísicos como a alma, por exemplo. Ainda que se deva levar em conta a posição de ZIPPELIUS, para quem o ônus da prova da ausência de liberdade está atrelado à corrente determinista, o que nos parece uma visão demasiadamente *processualista* do tema⁹¹.

Deste modo, nos colocamos de acordo com HARARI para quem o livre arbítrio é apenas a liberdade de realizar os desejos, mas não a liberdade de escolher o que se deseja⁹². Esta posição, porém, não inviabiliza as considerações de BALAGUER, que compreende que há liberdade quando o indivíduo se encontra em decisões difíceis (*torn decisions*) nas quais há

⁸⁶ BALAGUER, *Free Will as an Open Scientific Problem*, p. 144; KANE, *A Contemporary Introduction to Free Will*, p. 8.

⁸⁷ SEARLE, *Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power*, p. 11; Veja-se, também: KANE, *A Contemporary Introduction to Free Will*, p. 9.

⁸⁸ PINK, *Free Will: A Very Short Introduction*, p. 120.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁰ KANE, *A Contemporary Introduction to Free Will*, p. 41.

⁹¹ Não nos parece que seja esta a abordagem correta do problema. A existência do livre arbítrio não é uma questão a ser decidida com base em qual posicionamento deve ter o “ônus da prova”, mas sim qual posicionamento arregimentou melhores evidências e argumentos. ZIPPELIUS, Reinhold, *Filosofia do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 255 e seguintes.

⁹² HARARI, *21 Lessons for the 21st Century*.

mais de uma opção sem que o agente saiba conscientemente qual a melhor e toma a decisão sem solucionar o conflito⁹³.

Em síntese: i) não há um consenso a respeito da existência do livre arbítrio; ii) as principais correntes a respeito do tema são: a) determinismo; e b) indeterminismo; iii) o determinismo compreende que os elos causais determinam as escolhas dos indivíduos, dividindo-se entre fatalismo (não há livre arbítrio) e compatibilismo (a determinação pelas causas antecedentes não elimina a vontade); iv) o indeterminismo é uma refinada teoria que parte do pressuposto de que as causas não são determinantes para a tomada de decisão, mas devem existir para que a decisão não seja tomada sob o manto da aleatoriedade; e v) entendemos que o compatibilismo é a teoria mais próxima de uma representação adequada da realidade dentro do estado atual de nossos conhecimentos.

Uma vez que estabelecemos as premissas filosóficas, mostra-se interessante averiguar como isso é observado a partir dos estudos referentes ao cérebro e à evolução.

2. Cérebro, evolução e livre arbítrio

Neste item, aprofundaremos a relação entre uma postura compatibilista e as diversas complexidades na tomada de decisão trazidas pelo estudo do cérebro humano e das teorias evolucionistas. Espera-se aqui demonstrar que, ainda que se aceite a existência de um mundo determinado, isso não significa que indivíduos sejam idênticos e reajam de maneira similar aos mesmos estímulos.

A abordagem aqui será contraintuitiva, seria esperado iniciar por uma análise evolutiva e, em seguida, passar a considerações sobre o cérebro humano. Contudo, esta Tese não pretende retornar aos primeiros hominídeos que habitaram o planeta Terra, de modo que nosso foco está voltado ao cérebro do ser humano contemporâneo.

Isto se dá porque não há provas da existência de uma revolução cognitiva que tenha, do dia para a noite, tal como Prometeu trouxe o fogo ou Adão e Eva após comerem do fruto da árvore do conhecimento, transformado a espécie humana⁹⁴ e os debates sobre *nature x nurture*,

⁹³ BALAGUER, **Free Will as an Open Scientific Problem**, p. 71.

⁹⁴ NEWSON, Lesley; RICHERSON, Peter J., **A Story of Us: A new look to human evolution**, Oxford: Oxford University Press, 2021.

ou seja, sobre fatores naturais e ambientais parecem caminhar para um meio termo a respeito da importância dos dois elementos⁹⁵.

Assim, parece mais adequado analisar primeiro o cérebro do homem moderno e, em seguida, tecer algumas considerações a respeito das teorias evolutivas que têm dado ênfase não apenas à construção genética, mas também aos aspectos culturais na história da Humanidade.

Pois bem, ainda que se admita uma postura compatibilista, permanece complexo selecionar o peso da influência de cada elemento em nossos processos mentais. Por exemplo, para SEARLE, a consciência é uma atividade biológica e, por consequência, está no mundo físico⁹⁶. Ao mesmo passo, sem negar a relação entre cultura e a mente, SEARLE sustenta que os processos culturais não deixam de ser parte do domínio biológico⁹⁷, ou seja, como colocam NEWSON e RICHERSON: “ter cultura é parte de nossa ‘natureza’ como humanos” (tradução livre)⁹⁸.

Dentro desta discussão, ao menos se tomarmos como parâmetro o desenvolvimento científico, o elemento de análise fundamental é o cérebro humano, composto por uma rede de mais de cem bilhões de neurônios e cem trilhões de interconexões, os quais nos possibilitam a experiência do que nós chamamos de consciência⁹⁹. Esta experiência de consciência pode ter sido desenvolvida por fatores ambientais diante da necessidade de resposta aos estímulos do mundo exterior¹⁰⁰.

É sedutor pensar que não há predeterminação absoluta em nossa existência e que a experiência de consciência que temos seja a plenitude da liberdade. Contudo, há evidências a indicar que danos ao cérebro, por exemplo, levam a mudanças de comportamento e de traços de personalidade.

Isto veio a ocorrer, por exemplo, no célebre caso de Phineas Gage, cujo cérebro (especialmente o córtex pré-frontal) foi atravessado por uma barra de metal em um acidente durante seu trabalho. Após o incidente, houve mudança de comportamento de Phineas, indicando que os danos ao cérebro se relacionam com o comportamento¹⁰¹.

⁹⁵ DAWKINS, *The selfish gene: 40th anniversary edition*; NEWSON; RICHERSON, *A Story of Us: A new look to human evolution*; CHAUDHURI, Arjun, *Emotion and Reason in Consumer Behavior*, Oxford: Butterworth – Heinemann, 2006, p. 1.

⁹⁶ SEARLE, *Mind: A Brief Introduction*, p. 115.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 302.

⁹⁸ NEWSON; RICHERSON, *A Story of Us: A new look to human evolution*.

⁹⁹ O’SHEA, Michael, *The brain: a very short introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 1.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 43; DAWKINS, *The selfish gene: 40th anniversary edition*, p. 43.

¹⁰¹ GREENFIELD, Susan, *A Day in the Life of the Brain*, Londres: Penguin Books, 2016; O’SHEA considera que, se há livre arbítrio, sua localização estaria no córtex. O’SHEA, *The brain: a very short introduction*, p. 57.

Realmente, o córtex pré-frontal possui uma posição privilegiada no cérebro humano, sendo responsável especialmente pelo processamento de informações que advêm de diversas partes do cérebro e possui um papel decisivo no conceito de Eu (*self*) em relação ao mundo¹⁰². Dentre suas atribuições, pode-se destacar seu papel no “planejamento, organização, controle de impulsos, ajustamento de controle frente a recompensas e punições e algumas formas de tomada de decisão” (tradução livre)¹⁰³.

Entretanto isto não significa que o córtex pré-frontal seja o ponto nevrálgico de todo o cérebro e possa explicar todos os mistérios da vida humana, visto que estudos indicam que pessoas diferentes podem utilizar partes diversas do cérebro para resolver problemas idênticos ou similares, sendo que estes fatos podem estar correlacionados a comportamentos diferentes, como se dá na diferença entre as áreas do cérebro ativadas por pessoas com maiores e menores níveis de cooperação¹⁰⁴.

Aliás, indivíduos com maiores níveis de dependência (*addictions*) têm uma taxa de desconto maior (preferem o benefício imediato menor ao invés do benefício mediato maior), inclusive em casos não relacionados com sua dependência¹⁰⁵, isto se dá por conta do funcionamento do sistema de recompensas do cérebro¹⁰⁶.

Noutras palavras, cada indivíduo é único por conta de suas próprias conexões neurais e suas relações com o ambiente no qual vive¹⁰⁷.

Não bastando isso, há uma quantidade mais que considerável de pesquisas a indicar que as decisões têm origem neuronal, especialmente porque ao menos algumas delas são tomadas antes que o indivíduo tenha consciência de sua própria escolha¹⁰⁸.

Neste tocante, entendemos que mesmo decisões inconscientes são decisões que tomamos em alguma medida, ainda que não estejamos cientes dos motivos determinantes ou do processo cognitivo¹⁰⁹, ao pegar um copo com água, por exemplo, não estamos plenamente

¹⁰² O'SHEA, **The brain: a very short introduction**, p. 61.

¹⁰³ GARRETT, Bob; HOUGH, Gerald, **Brain & Behavior**, 5. ed. Los Angeles: Sage, 2018.

¹⁰⁴ CHORVAT, Terrence; MCCABE, Kevin; SMITH, Vernon, *Law and Neuroeconomics*, p. 20–21.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁶ KANDEL, Eric R., **The Disordered Mind: What Unusual Brains Tell Us About Ourselves**, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

¹⁰⁷ GREENFIELD, **A Day in the Life of the Brain**; DIAS, Joana Amaral, **O cérebro da política**, Lisboa: Edições 70, 2014, p. 71.

¹⁰⁸ POTEKOWSKI, Andrezej, *Neurobiology of Decision-Making: Methodology in Decision-Making Research. Neuroanatomical and Neurobiochemical Fundamentals*, in: NERMEND, Kesra; LATUSZYRÍSKA, Malgorzata (Orgs.), **Neuroeconomic and Behavioral Aspects of Decision Making**, Cham: Springer, 2017, p. 7; DIAS, **O cérebro da política**, p. 72.

¹⁰⁹ BALAGUER, **Free Will as an Open Scientific Problem**, p. 101.

conscientes de todos os pormenores cerebrais necessários para realizar esta tarefa¹¹⁰, mas jamais diríamos que não era a nossa intenção pegar o copo.

Como exemplifica DIAS:

Se lhe pedir para me explicar porque é que gosta de certa pessoa ou de determinada coisa, o leitor provavelmente dar-me-á uma explicação coerente. A questão é que essa explicação coerente foi totalmente construída *a posteriori*, isto é, depois da sua percepção pré-consciente e nela baseada. Ou seja, o que a neurociência hoje nos diz é que qualquer tentativa de explicar as ações dos indivíduos em termos de motivos, valores ou outras razões é muito limitada.¹¹¹

Embora seja correto que haja comprovação de difícil refutação de que decisões simples são antecipadas pelo inconsciente (o cérebro já havia se decidido antes de que a decisão se tornasse consciente), tais como movimentar um braço, isto não diz muito sobre decisões amplamente meditadas.

Realmente, podemos reagir a uma dada situação simplesmente através de *atos reflexos*¹¹² nos quais nosso controle consciente é inexistente, mas atitudes longamente meditadas inexoravelmente passarão pela consciência. Assim, ainda que estejam baseadas em “percepções pré-conscientes”, não há de se descartar o papel da consciência em decisões que exigem maior elaboração.

Mesmo que deixássemos de lado essas questões, visto que é possível assinalar que os estados mentais não podem ser claramente compreendidos apenas por imagens obtidas por meio de ressonância magnética funcional ou eletroencefalograma¹¹³ (imaginemos que uma lâmpada está acesa, o fato dela estar ligada não esclarece quem acionou o interruptor, por qual motivo e tampouco o próprio funcionamento da lâmpada), teríamos de nos questionar sobre teorias como a do gene egoísta (na verdade, genes), que, basicamente, defende que o objetivo dos genes é a sua perpetuação e, para dar cabo desta tarefa, são construídas “máquinas de sobrevivência” (*survival machines*) dentro de uma estrutura de competição¹¹⁴.

¹¹⁰ O’SHEA, **The brain: a very short introduction**, p. 82.

¹¹¹ DIAS, **O cérebro da política**, p. 77; Para uma revisão da literatura sobre decisões cerebrais anteriores à consciência, veja-se: RODRÍGUEZ, **Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução da dogmática**, p. 21–44; Em sentido oposto, defendendo que não há comprovação de que as decisões são tomadas antes de chegarem à consciência, veja-se: MELE, Alfred R., **Free: Why Science Hasn’t Disproved Free Will**, Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹¹² PRADO exemplifica: “As causas de ausência de ação e de omissão podem ser assim enumeradas: a] Ato reflexo – Movimento de reação a um estímulo interno ou externo – ato fisiológico. Exemplos: convulsão epilética; excitação sensitiva (espírito, acesso de tosse].” PRADO, Luiz Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 145.

¹¹³ PASSINGHAM, Richard, **Cognitive Neuroscience: A Very Short Introduction**, Oxford: Oxford University Press, 2016.

¹¹⁴ DAWKINS, **The selfish gene: 40th anniversary edition**.

Contudo, mesmo na visão evolucionária há uma certa discussão a respeito do papel cultural e da possibilidade de que o indivíduo se contraponha à herança genética que possui. Dentro deste quadrante, ironicamente, DAWKINS, insere em sua famosa obra *o gene egoísta*, uma explicação quase *Deus ex machina* para justificar a diferença entre o ser humano e os outros animais¹¹⁵.

A explicação da diferença entre o homem e os outros animais se dá pela cultura, especialmente pelos *memes* (em clara oposição aos genes), que também se replicariam através de imitação¹¹⁶, sendo que os memes se encontram em competição consigo mesmos, ou seja, disputam a atenção do cérebro humano (assim como os genes)¹¹⁷.

Ao final de sua discussão, observa no ser humano um poder de liberdade que justifica sua citação direta:

Temos o poder de desafiar os genes egoístas de nosso nascimento e, se necessário, os memes egoístas de nossa doutrinação. Podemos até discutir maneiras de cultivar e nutrir deliberadamente o altruísmo puro e desinteressado – algo que não tem lugar na natureza, algo que nunca existiu antes em toda a história do mundo. Somos construídos como máquinas de genes e cultivados como máquinas de memes, mas temos o poder de nos voltar contra nossos criadores. Nós, sozinhos na terra, podemos nos rebelar contra a tirania dos replicadores egoístas. (tradução nossa)¹¹⁸

Este posicionamento encontra ressonância nas pesquisas evolutivas que destacam que nem os genes nem o ambiente dão respostas exatas sobre as diferenças que surgem entre os indivíduos¹¹⁹. Além disso, a cultura pode dar respostas contraintuitivas ao que inicialmente se esperaria de máquinas de sobrevivência replicadoras de gene, tais como a adoção, pois a inclusão de novos membros no grupo pode trazer conhecimentos e ideias novos¹²⁰.

Do mesmo modo, predisposições podem eventualmente ser alteradas de acordo com a epigenética, de modo que predisposições para determinadas doenças mentais ou traços de personalidade podem ser influenciadas por fatores ambientais¹²¹.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 245.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 249.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 255.

¹¹⁸ No original: “We have the power to defy the selfish genes of our birth and, if necessary, the selfish memes of our indoctrination. We can even discuss ways of deliberately cultivating and nurturing pure, disinterested altruism—something that has no place in nature, something that has never existed before in the whole history of the world. We are built as gene machines and cultured as meme machines, but we have the power to turn against our creators. We, alone on earth, can rebel against the tyranny of the selfish replicators.” *Ibid.*, p. 260.

¹¹⁹ NEWSON; RICHERSON, **A Story of Us: A new look to human evolution**.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ HORWOOD, Sharon *et al*, **Personality Psychology**, Melbourne: Pearson, 2020, p. 38–39.

Além disto, o cérebro humano possui plasticidade suficiente para lidar com novas informações, o que pode conduzir a alterações fisiológicas e anatômicas, eliminando ou criando sinapses¹²².

Da mesma forma, a estética, inclusive no que se refere a ideais de beleza tende a mudar com o tempo, demonstrando que nem sempre os fatores genéticos têm a última palavra em relação a como o ser humano toma suas decisões¹²³.

Para tornar este panorama ainda mais complexo, discute-se hoje a possibilidade de um aprimoramento moral (*moral enhancement*) através de drogas (em sentido lato) ou ainda de estimulação do cérebro, como ressalta BUBLITZ, esta possibilidade permite a discussão, inclusive, da liberdade de errar (*freedom to fall*)¹²⁴.

Em síntese: i) mesmo que adotemos uma posição compatibilista em relação ao livre arbítrio, isto não esclarece como as decisões cerebrais são tomadas; ii) as diferenças de configuração do cérebro, padrões ambientais e culturais exercem papel relevante em nosso agir; e iii) muitas das ações que tomamos são oriundas de processos inconscientes que somente vêm à lume após a sua finalização, impossibilitando uma intervenção imediata do indivíduo.

Como se não bastassem as intrincadas relações entre o cérebro e a tomada de decisão, também somos dotados de personalidade e ela desempenha um papel importante em nossa relação com o mundo.

3. Personalidade e os *Big Five*

Após analisarmos o debate condizente com o livre arbítrio e a liberdade (se podemos ou não escolher nossas ações e de que modo essa possibilidade é exercida) e de como não é possível considerar o ser humano como um simples modelo genérico dado que seus cérebros, cultura e genes impedem uma homogeneidade imediata, cumpre agora deslocarmos nosso foco para a personalidade.

Por personalidade, deve-se entender “o padrão usual de comportamento, sentimentos e pensamentos de alguém”¹²⁵, ou seja, os traços estáveis dos indivíduos.

O estudo da personalidade, dentro de sua avaliação psicológica e neurocientífica, será importante por três motivos: i) a personalidade interfere em nossa tomada de decisão; ii) boa

¹²² KANDEL, Eric R. *et al*, **Principles of Neural Science**, 6. ed. New York: McGraw Hill, 2021, p. 71.

¹²³ BRIDGER, Darren, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**, London: Kogan Page, 2017.

¹²⁴ BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

¹²⁵ HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 2.

parte dos estudos sobre tecnologias persuasivas são estruturados com base na análise da personalidade; e iii) embora o tratamento jurídico dos direitos de personalidade, inclusive como livre desenvolvimento da personalidade (*frei Entfaltung der Persönlichkeit*)¹²⁶, não possua grande relação com o estado da arte da pesquisa psicológica e neurocientífica, a contribuição desta Tese é justamente fomentar o aprimoramento para proteger o indivíduo de influências sobre seus processos mentais.

Importante observar que o estudo da personalidade não é algo estático e muito menos novo, mas que recebeu tratamento como disciplina da Psicologia a partir da década de 1930 e passou por diversos refinamentos¹²⁷.

A princípio, a personalidade é baseada em traços, os quais são razoavelmente estáveis, assim como os ambientes aos quais o indivíduo é exposto. Por outro lado, as transitoriedades às quais todo ser humano está sujeito residem nos estados (mais fugazes que os traços) e nas situações (menos permanentes que os ambientes)¹²⁸.

Assim, emoções como raiva, tristeza, culpa etc. não estão ligadas aos traços de personalidade, mas a estados pelos quais todos nós passamos em dados momentos da vida e que não definem de modo tão profundo a personalidade¹²⁹. Como pontua DIAS: “Uma boa analogia é considerar que a personalidade está para o clima assim como a emoção está para o tempo”¹³⁰.

Por sua vez, a origem dos traços pode ser encontrada em componentes biológicos inatos, hereditários e fatores ambientais como a família e a cultura¹³¹, sendo que a delimitação exata da origem dos traços ainda não alcançou um ponto de grande evolução¹³², ou seja, não é possível

¹²⁶ Cf. Art. 2º, VII, da LGPD e art. 2º da Constituição alemã.

¹²⁷ CLONNIGER, Susan C., Conceptual and Historical Perspectives, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 13.

¹²⁸ ASENDORPF, Jens B.; RAUTHMANN, John F., States and Situations, Traits and Environments, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 56.

¹²⁹ REISENZEIN, Rainer; HILDEBRANDT, Andrea; WEBER, Hannelore, Personality and Emotion, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 81.

¹³⁰ DIAS, **O cérebro da política**, p. 59.

¹³¹ CLONNIGER, Conceptual and Historical Perspectives, p. 13; REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, Personality and Emotion, p. 90; SALLIS, Hannah M.; SMITH, George Davey; MUNAFO, Marcus R., Genetics of Personality, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 254; HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 36–37; Sobre uma visão da personalidade dentro de um contexto social, veja-se: KRUSE, *Personale und interpersonale Sphären und Grenzen der Person*.

¹³² WEISS, Alexander; DEARY, Ian J., The Trait Approach, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 40; DIAS, **O cérebro da política**, p. 65.

identificar quais genes são os responsáveis por cada traço¹³³, embora se entenda que a hereditariedade participa de ao menos a 50% da personalidade¹³⁴.

Um exemplo curioso sobre o mesmo tema é o de que os filhos tendem a adotar ao menos em parte a visão política de seus genitores¹³⁵, como diria poeticamente MÁRQUEZ: “*Los hijos heredan las locuras de sus padres*”¹³⁶.

Contudo, ao longo do tempo os efeitos da hereditariedade parecem diminuir ao passo que os decorrentes do ambiente aumentam¹³⁷. Não se pode ignorar também que o próprio indivíduo pode estar insatisfeito com sua personalidade, podendo buscar melhoras através da psicoterapia, por exemplo (embora não seja possível eliminar totalmente traços nem mesmo através da psicoterapia)¹³⁸, em que pese boa parte das atitudes dos indivíduos, ainda que ligadas à sua personalidade, se dá através de processo despercebido/inconsciente (*unawareness*)¹³⁹.

Passando à forma de classificação, as discussões sobre qual o melhor modelo de aferir a personalidade de um indivíduo não cessaram, mas todas parecem trabalhar com a hipótese léxica, ou seja, que, dada a importância dos traços na vida humana, palavras de uso cotidiano foram inventadas para descrevê-los¹⁴⁰.

Via de regra, a principal estratégia para a aferição da personalidade de um indivíduo se dá através de testes nos quais o indivíduo avalia uma série de afirmações. Isto implica em problemas como falta de conhecimento de si mesmo, respostas que beneficiam a autoimagem ou mesmo descaso com o teste¹⁴¹, por conta disto, visando maior precisão recomenda-se que as análises sejam realizadas em mais de uma oportunidade¹⁴².

Contudo, pesquisas indicam que os testes realizados pelo próprio indivíduo não divergem substancialmente de análises realizadas por terceiros, dando alguma segurança ao procedimento de respostas dadas pelo sujeito, mesmo com as possíveis falhas acima mencionadas¹⁴³.

¹³³ MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 134.

¹³⁴ DEYOUNG; BLAIN, Personality Neuroscience, p. 273.

¹³⁵ DIAS, **O cérebro da política**, p. 27.

¹³⁶ MÁRQUEZ, Gabriel Garcia, **Cien años de soledad**, Barcelona: Contemporánea, 2014, p. 55.

¹³⁷ ATHERTON, Olivia E.; DONNELLAN, M. Brent; ROBINS, Richard W., Development of Personality across the Life Span, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 174.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 177.

¹³⁹ Preferiu-se aqui traduzir a expressão *unawareness* por desconhecido em contraposição às dificuldades apresentadas pelos autores para definir a expressão *unconscious*. PERUGINI, Marco; RICHTER, Juliette; COSTANTINI, Giulio, Personality and the Unconscious, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 70.

¹⁴⁰ MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 129.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 130.

¹⁴² HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 12.

¹⁴³ MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 130.

Dentro das teorias da personalidade, especial ênfase é dada ao modelo de cinco fatores, também conhecido pelo acrônimo OCEAN/BIG FIVE (*openness, conscientiousness, extraversion, agreeableness e neuroticism*), referente à abertura, conscienciosidade, extroversão, agradabilidade e neuroticismo¹⁴⁴.

A grande vantagem do modelo de cinco fatores é a sua utilização nas mais variadas situações, garantindo um modelo que foi suficientemente replicado e aprovado pela experiência, inclusive através de culturas diversas¹⁴⁵, ainda que exista uma quantidade indefinida de outras propostas através de modelos com mais ou menos fatores ou ainda com diferentes perspectivas¹⁴⁶.

Antes de adentrarmos nos elementos específicos do modelo de cinco fatores, importante notar que cada indivíduo é medido em relação a cada um dos fatores, ou seja, uma pessoa possui o nível X de abertura, Y de conscienciosidade e assim por diante.

Desta maneira, não há indivíduos que são *apenas* extrovertidos, agradáveis ou neuróticos, pois a avaliação se dá por “pontuações” em cada um destes elementos para definir a personalidade do sujeito que se submete ao teste de personalidade.

Evidentemente, isto não afasta a existência de fatores mais ou menos salientes no resultado do teste. Uma pessoa pode ter alto desempenho em extroversão e pontuação reduzida em qualquer outro fator.

Feitos estes comentários, vejamos os fatores:

- a) Abertura está relacionada a uma variedade de elementos, os quais passam por exploração cognitiva, flexibilidade mental, emoções estéticas e liberalismo político (no sentido norte-americano da expressão), curiosidade e criatividade¹⁴⁷. Além disto, a abertura parece estar relacionada, no que diz respeito ao seu aspecto intelectual, com a parte dorsolateral do córtex pré-frontal, relacionado à racionalidade¹⁴⁸;

¹⁴⁴ ZAROUALI *et al*, Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media; RAAD, Boele de; BARELDS, Dick P. H., Models of Personality Structure, *in*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.), **Cambridge Handbook of Personality Psychology**, 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 115; MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 129; HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 48.

¹⁴⁵ MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 131.

¹⁴⁶ WEISS; DEARY, The Trait Approach, p. 31; DIGMAN, John M., Personality Structure: Emergence of The Five-Factor Model, **Annual Review of Psychology**, v. 41, p. 417–440, 1990.

¹⁴⁷ REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, Personality and Emotion, p. 88; MCCRAE, The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy, p. 131; DEYOUNG; BLAIN, Personality Neuroscience, p. 282; HALKO; KIENZ, Personality and Persuasive Technology, p. 159.

¹⁴⁸ DEYOUNG; BLAIN, Personality Neuroscience, p. 282.

- b) Conscienciosidade está relacionada com a realização de objetivos, organização de atividades e planejamento¹⁴⁹, não surpreendendo que se relaciona também com boa performance no trabalho¹⁵⁰, inclusive por conta da tendência de manutenção de motivação, sendo digno de nota que lesões no córtex pré-frontal podem levar à sua redução¹⁵¹;
- c) Extroversão está ligada a afetos positivos e recompensas¹⁵², além de sociabilidade, atividade e entrosamento (*engagement*) com o mundo exterior¹⁵³ e parece ter relação com a dopamina e o sistema opioide endógeno¹⁵⁴;
- d) Agradabilidade está ligada a emoções interpessoais, cooperação e altruísmo¹⁵⁵. Estudos a dividem entre compaixão e polidez (*politeness*), sendo que os fatores hormonais têm papel diverso em cada um destes elementos. Um dos hormônios mais relevantes para a agradabilidade é a oxitocina (relacionada à empatia-compaixão), ao passo que altos níveis de testosterona (relacionados à agressividade) parecem negativamente correlacionados com a agradabilidade no que diz respeito à polidez¹⁵⁶; e
- e) O neuroticismo parece estar ligado a emoções negativas e transtornos de personalidade¹⁵⁷, bem como ter correlação com a amígdala, ligada à emoção¹⁵⁸, e o hipocampo, relacionado à transformação de memórias de curto prazo em memórias de longo prazo¹⁵⁹. Pela relação entre neuroticismo e doenças como ansiedade e depressão, a utilização de inibidores seletivos de serotonina parece reduzir os traços de neuroticismo¹⁶⁰.

¹⁴⁹ HALKO; KIENZ, *Personality and Persuasive Technology*, p. 159.

¹⁵⁰ MCCRAE, *The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy*, p. 131.

¹⁵¹ DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 281.

¹⁵² REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, *Personality and Emotion*, p. 88; DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 277.

¹⁵³ HALKO; KIENZ, *Personality and Persuasive Technology*, p. 159.

¹⁵⁴ DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 278.

¹⁵⁵ REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, *Personality and Emotion*, p. 88; DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 279; HALKO; KIENZ, *Personality and Persuasive Technology*, p. 159.

¹⁵⁶ DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 279–281.

¹⁵⁷ REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, *Personality and Emotion*, p. 88; MCCRAE, *The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy*, p. 131; HALKO; KIENZ, *Personality and Persuasive Technology*, p. 159.

¹⁵⁸ DIAS, *O cérebro da política*, p. 68.

¹⁵⁹ O'SHEA, *The brain: a very short introduction*, p. 89.

¹⁶⁰ DEYOUNG; BLAIN, *Personality Neuroscience*, p. 279.

Por fim, ainda é importante notar que há diferenças entre os traços de personalidade ao longo do tempo, o que se dá em diversas fases da vida, inclusive por conta de processos como a maior participação do córtex pré-frontal após a adolescência (parte do cérebro relacionada com o raciocínio¹⁶¹), além da explosão de hormônios vivenciada durante este período da vida¹⁶².

Do mesmo modo, pesquisas indicam que há uma redução do neuroticismo ao longo do tempo e maior conscienciosidade, embora a personalidade se desenvolva, dentro de seus traços fundamentais, até os 30 anos de idade¹⁶³.

Situação parecida ocorre com as preferências políticas, que “seguem uma linha em U, ou seja, frequentemente são mais instáveis antes dos 30 e depois dos 60”, embora não haja uma explicação clara para este fenômeno¹⁶⁴.

Evidentemente, não há que se esperar viradas abruptas de personalidade, não haverá um *Caminho de Damasco* no desenvolvimento da personalidade, mas determinados traços podem arrefecer e outros aumentar ao longo do tempo, sendo uma questão atrelada a mudanças ambientais, psicoterapia e hormônios.

Em síntese: i) a personalidade é formada por traços estáveis ao longo do tempo e que advêm de fatores hereditários e ambientais; ii) os traços e o ambiente são mais estáveis que os estados e as situações; iii) a personalidade geralmente é aferida por meio de questionário baseado em avaliações subjetivas quanto a afirmações; iv) o modelo mais aceito na comunidade acadêmica para a classificação da personalidade é o modelo de cinco fatores; v) o modelo de cinco fatores também possui relação com o cérebro e hormônios no corpo humano; e vi) os indivíduos podem sofrer variações dentro de seus fatores, embora não se possa esperar uma mudança abrupta.

Na parte II desta Tese, poderemos verificar como dadas estratégias persuasivas são mais ou menos aderentes a determinados traços e o papel fundamental dos *Big Five* na formulação de publicidades voltadas a um tipo específico de personalidade.

Antes disto, ainda necessitamos analisar o papel da tomada de decisão e como todos estes elementos se encaixam dentro das inúmeras complexidades observadas no ser humano.

4. A tomada de decisão.

¹⁶¹ DIAS, **O cérebro da política**, p. 69.

¹⁶² GREENFIELD, **A Day in the Life of the Brain**.

¹⁶³ HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 189.

¹⁶⁴ DIAS, **O cérebro da política**, p. 29.

Este item trata de variadas teorias sobre a tomada de decisão, o principal motivo de sua inclusão é a relação entre traços de personalidade e os modelos de sistemas duais, que compartilham as principais vulnerabilidades que podem ser exploradas pelas tecnologias persuasivas.

Discutido o problema do livre arbítrio e esclarecida nossa posição pelo compatibilismo, uma análise do papel do cérebro, da cultura e das teorias evolucionistas, bem como um primeiro contato com os traços de personalidade e o modelo de cinco fatores, passamos agora a analisar as teorias sobre tomada de decisão. Estas teorias buscam elucidar como se dá uma determinada escolha pelo indivíduo.

Note-se que não é possível deduzir, a partir de suas formulações teóricas, total aderência a determinadas teorias sobre o livre arbítrio, visto que não apresentam uma construção teórica robusta sobre se a decisão é tomada de modo livre e desimpedido ou questionam verticalmente a importância das causas.

De todo modo, isto é abrandado em modelos teóricos mais rígidos como a teoria da agulha hipodérmica, que trata da relação do indivíduo para com a publicidade de modo praticamente fatalista, ao passo que teorias como a escolha racional transformam o indivíduo em um Ulisses atado a um mastro e impossibilitado de atender ao canto das sereias¹⁶⁵.

Passemos às teorias.

4.1. Teoria da agulha hipodérmica ou da bala mágica

A teoria da bala mágica (*magic bullet theory*) ou teoria da agulha hipodérmica (*hypodermic needle theory*) é sintetizada por MARWICK da seguinte maneira: (i) a audiência é homogênea; (ii) a mídia afeta a todos os indivíduos da mesma maneira; e (iii) o impacto causado é exatamente aquele desejado pelo emissor¹⁶⁶. Noutras palavras, a mensagem publicitária ou qualquer tentativa de persuasão adentraria na mente do indivíduo sem qualquer espécie de restrição e influenciaria em sua tomada de decisão.

Esta teoria é rejeitada majoritariamente pelos estudiosos contemporâneos, mas fez grande sucesso entre os anos 1930 e 1950¹⁶⁷, como visto, a teoria já pode ser refutada pelo

¹⁶⁵ Fazemos aqui uma referência ao título do livro de Elster: ELSTER, Jon, **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

¹⁶⁶ MARWICK, Alice E., Why Do People Share Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 474–512, 2018.

¹⁶⁷ *Ibid.*

pressuposto de audiência homogênea, visto que os indivíduos possuem cérebros e carga genética diversos, além de serem expostos a influências diferentes.

Alguns resquícios desta teoria se encontram na ideia de publicidade subliminar ou com curtos flashes nos quais o nome de uma dada marca aparece ao consumidor sem que sejam percebidos de modo consciente. Após tal contato com a mensagem, o consumidor sentiria o desejo de adquirir os produtos da marca aludida sem qualquer possibilidade de defesa cognitiva. Não há consenso científico que sirva de suporte válido a esta teoria¹⁶⁸.

Isto, inclusive, é objeto de afirmação do próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR em seu art. 29:

Artigo 29 Este Código não se ocupa da chamada “propaganda subliminar”, por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente incontestada. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos “subliminares” em publicidade ou propaganda. (aspas no original)

Dentre os modelos que são utilizados com base em análises de estímulo e resposta, destaca-se o AIDA (Atenção; Interesse; Desejo; e Ação), de modo que a mensagem publicitária é elaborada a fim de obter a atenção do indivíduo, despertando-lhe o interesse e o desejo para que, ao final, passe ao processo de compra¹⁶⁹. HEUN, por sua vez, afirma que o modelo foi refutado (*widerlegt*), visto que os estágios do AIDA podem não ocorrer de maneira linear¹⁷⁰ ou ainda a persuasão pode ocorrer de forma inconsciente¹⁷¹, embora haja quem o utilize¹⁷².

Uma visão mais atualizada da teoria tenderia para o posicionamento de HARARI, que pontua: “nossa crença na mitologia moderna do capitalismo é sustentada pelas criações artísticas de Hollywood e pela indústria pop. Nós cremos que comprar mais coisas nos tornará felizes, pois nós vimos o paraíso capitalista com nossos próprios olhos na televisão” (tradução livre)¹⁷³.

¹⁶⁸ PERLOFF, *The Dynamics of Persuasion*, p. 289; MALTEZ, Rafael Tocantins, **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**, Curitiba: Juruá, 2011, p. 219–228; ALVES, Fabrício Germano, **Direito publicitário: proteção do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 243; BASAN, **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**, p. 143; Defendendo a possibilidade de efeito de tais mensagens no contexto da campanha presidencial de George W. Bush contra Al Gore: DIAS, **O cérebro da política**, p. 92; LATZEL, Clemens, **Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie**, Berlin: Springer, 2020, p. 44; BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

¹⁶⁹ CHEVALIER, Claude; SELHI, Lilia, **Communication et Publicité**, 3. ed. Montreal: Cheneliere Education, 2017, p. 133.

¹⁷⁰ HEUN, Thomas, **Werbung**, Wiesbaden: Springer Gabler, 2017, p. 119.

¹⁷¹ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

¹⁷² HÄNSSEL, Christopher, *The Impact of Microtargeting on Consciousness*, 2022.

¹⁷³ HARARI, **21 Lessons for the 21st Century**.

Como visto até agora, ainda que estejamos presos em um mundo determinado por vínculos causais, os cérebros humanos não necessariamente processam as informações da mesma maneira e tampouco possuem personalidades idênticas. Deste modo, não há como se sustentar a teoria da agulha hipodérmica sem ter de suprimir praticamente todo o arcabouço de conhecimento adquirido nos últimos anos sobre o funcionamento do cérebro e da personalidade¹⁷⁴.

Assim, caso todas as publicidades tivessem então este poder persuasivo, cada ingresso em um *site* seria marcado pelo superendividamento do consumidor. Não é, contudo, o que ocorre, visto que há produtos desinteressantes, anúncios que sequer são percebidos conscientemente e outros que são efetivamente analisados, sendo que estes procedimentos se relacionam com a variedade de modos de agir de cada indivíduo.

Dada a ineficiência deste modelo, no curso dos anos 1960, passou-se a dar mais ênfase ao consumidor e a reduzir seu papel de mero espectador passivo das publicidades, traduzindo uma mudança do paradigma do emissor (*Senderorientierte Wirkungsmodelle*) para o destinatário (*Empfängerorientierte Modelle*)¹⁷⁵.

Assim, entende-se que não há uma fórmula mágica a assegurar o sucesso de uma dada publicidade¹⁷⁶, o que será visto com maior refinamento quando trabalharmos teorias de sistemas duais e a teoria da publicidade, os quais lidam com as inconsistências do comportamento humano à luz de critérios objetivos e subjetivos.

Em resumo, a teoria da agulha hipodérmica peca justamente por conferir à tentativa de persuasão um poder demasiado grande e que não pode ser verificado em estudos empíricos ou na experiência cotidiana.

4.2. Teoria da escolha racional¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cf. Parte I, itens 1 a 3.

¹⁷⁵ HEUN, *Werbung*, p. 118–126.

¹⁷⁶ FLETCHER, *Advertising: A Very Short Introduction*, p. 38.

¹⁷⁷ Estamos aqui a tratar de um modelo que serve de base para a maioria dos estudos microeconômicos. As considerações lançadas neste item podem ser localizadas em quaisquer manuais de microeconomia ou em trabalhos sobre Análise Econômica do Direito, tais como, exemplificativamente: JEHLE, Geoffrey A.; RENY, Philip J., *Advanced Microeconomic Theory*, 3. ed. Harlow: Pearson, 2011; VARIAN, Hal R., *Intermediate Microeconomics: A modern approach*, 9. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2014; GICO JR., Ivo, *Introdução ao Direito e Economia*, in: TIMM, Luciano Benetti (Org.), *Direito e Economia no Brasil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018; KAPTEIN, Maurits, *Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick*, Amsterdam: Business Contact Publishers, 2015, p. 92 e seguintes; KOGA, *Precificação Personalizada*; Sob um outro olhar: PERLOFF, *The Dynamics of Persuasion*, p. 95.

A segunda teoria a ser analisada parte do extremo oposto da teoria da agulha hipodérmica, noutras palavras, pressupõe-se que os indivíduos tomam decisões de modo racional e que suas escolhas estão marcadas por um pensamento cuidadoso.

Considera-se racional, para tais efeitos, o indivíduo que atende aos axiomas da completude, transitividade e reflexividade. Por completude, deve-se entender que o indivíduo conhece as opções disponíveis, de modo que o indivíduo que pretende adquirir um telefone celular conhece todos os aparelhos, características e preços, por exemplo.

Ao lado disto, a transitividade garante que o indivíduo possa estabelecer preferências entre os bens de consumo, preferindo o produto A em relação a B e B em relação a C, por exemplo. Disto decorre que, além de conhecer todas as opções disponíveis, o indivíduo tem conhecimento de quais são suas preferências internas.

Por fim, a reflexividade cuida da manutenção da cadeia lógica estabelecida na transitividade, pois cada produto será tão bom quanto ele mesmo. Desta maneira, não é possível, por exemplo, que A seja preferido a B, B seja preferido a C, mas C seja preferível a A.

Note-se que os motivos que levam um indivíduo a preferir o produto A podem ser irrelevantes para outro, que preferiria o produto B. Noutras palavras, a tomada de uma decisão racional não é universal. Dois agentes racionais podem ter preferências diversas, ainda que suas rendas sejam idênticas e tenham acesso às mesmas informações. A racionalidade não está vinculada à escolha de um dado produto *objetivamente* superior, mas *subjetivamente* superior.

Munido destas informações, o consumidor pode então avaliar o grau de satisfação que cada produto poderá lhe trazer, mas fará esta escolha também baseado em suas possibilidades concretas. Noutras palavras, a utilidade derivada de um único produto em uma dada cesta de bens não necessariamente reflete que o consumidor comprará o produto A.

Pensemos que alguém deseje adquirir um aparelho celular e um plano de telefonia móvel, cada recurso dispendido no telefone será um recurso a menos no plano de telefonia, caso sua renda seja limitada.

Neste cenário, a otimização da escolha do consumidor pode se dar por um aparelho que talvez não seja necessariamente o mais desejado, mas que permita ao consumidor equilibrar este decréscimo de satisfação com um plano telefônico que o agrada mais.

Sob a ótica da teoria da escolha racional, o consumidor sempre fará a melhor escolha possível a partir de suas limitações concretas.

Este modelo se adequa a situações em que o indivíduo deve fazer escolhas que possuem impacto significativo em sua vida. Assim, ao buscar um imóvel para adquirir, não é incomum que o consumidor tenha consultado várias instituições financeiras e visitado diversos

empreendimentos imobiliários, além de dispende um tempo considerável analisando hipóteses, cláusulas e cenários.

Por outro lado, nas escolhas voltadas a questões de menor importância, o modelo de escolha racional se mostra muito mais discutível. Quem está em um passeio dificilmente passa de vendedor em vendedor antes de comprar uma garrafa com água.

A esta objeção, contudo, pode-se considerar que o indivíduo calculou o custo de pesquisar todos os preços e o de simplesmente adquirir o produto, considerando mais viável a simples compra da garrafa com água do que uma longa busca pelo melhor preço. Com base neste argumento, é possível enfatizar que houve uma escolha racional.

Ressalte-se, por fim, que os economistas jamais ignoraram que o modelo teórico não é perfeitamente aderente à realidade, estando mais interessados em seu papel preditivo¹⁷⁸, por conta disto, as funções econométricas, por exemplo, contêm variável de erro e métodos de regressão linear não são uma representação exata do mundo.

O ponto fundamental é que, nos grandes números, no cenário maior, as pessoas se comportam de modo aproximado à teoria da escolha racional, o que não significa que casos particulares podem divergir do modelo adotado.

Ao longo do tempo, a teoria da escolha racional foi desafiada por outros modelos de representação da realidade e, no campo econômico, especialmente pelo modelo heurístico-sistemático.

4.3. Teorias baseadas em sistemas duais

A despeito do sucesso obtido por longo tempo pela teoria da escolha racional, não deixa de ser vexatório considerar que, perto do agente lá descrito, o indivíduo comum se mostra muito distante em suas atividades cotidianas.

Não é necessário grande esforço para notar que desconhecemos os preços praticados no mercado e não raras vezes violamos os axiomas da transitividade e da reflexividade. Realmente, mesmo em escolhas de grande importância para nossa vida, diversas vezes somos levados a agir de modo impulsivo e, recobrada a calma, notamos que a escolha que fizemos não foi necessariamente a que nos traria maior satisfação pessoal.

Dentro deste prisma, inicia-se então um questionamento pertinente a respeito de momentos em que agimos de modo racional e outros em que nos desviamos dos axiomas da

¹⁷⁸ FRIEDMAN, Milton, **Essays in Positive Economics**, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1984, p. 15; THALER, **Misbehaving**.

racionalidade, sendo que isso não se dá de modo aleatório, mas sistemático¹⁷⁹. Dois modelos de considerável sucesso a respeito do tema tratam de sistemas duais (modelo de probabilidade de elaboração e modelo heurístico-sistemático) e dominam o campo das pesquisas¹⁸⁰, inclusive na teoria da publicidade¹⁸¹.

Noutras palavras, há sistemas de maior dispêndio de esforço cognitivo e sistemas de menor esforço cognitivo (embora haja quem coloque estes sistemas de menor esforço cognitivo dentro da estrutura do inconsciente¹⁸²). Ao mesmo tempo, inicia-se a transição entre a utilização do termo racionalidade para racionalidade limitada.

Embora os modelos sejam extremamente similares, o que realmente deve ser notado é a que as rotas centrais/ Sistema 2 não são ativados quando estamos diante de informações com as quais concordamos. Dentro deste cenário, uma informação que corresponda a nossos traços de personalidade, por exemplo, possui maior tendência de processamento por rotas periféricas/ Sistema 1 (isto ficará mais claro no decorrer das subdivisões deste item e nas considerações finais).

4.3.1. Modelo de probabilidade de elaboração (*Elaboration Likelihood Model*)

O modelo de probabilidade de elaboração (*Elaboration Likelihood Model*) foi concebido por PETTY e CACIOPPO na década de 1970¹⁸³ e estipula uma linha contínua entre maior (rota central) e menor (rota periférica) elaboração no raciocínio¹⁸⁴. Significa dizer que as decisões tomadas podem ser dispostas num ponto entre dois polos de maior ou menor elaboração, não havendo uma ruptura entre os polos na tomada de decisão.

Noutras palavras, o modelo de probabilidade de elaboração trata de como e em quais situações haverá elaboração (ou seja, esforço cognitivo entre os dois polos do contínuo)¹⁸⁵ diante de uma tentativa de persuasão ou mesmo de uma situação da vida cotidiana.

¹⁷⁹ PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara, Biasing, Debiasing and the Law, *in*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Orgs.), **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 143.

¹⁸⁰ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 130.

¹⁸¹ SUNDAR, S. Shyam; XU, Qian; DOU, Xue, The Role of Technology in Online Persuasion: A MAIN Model Perspective, *in*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.), **Advertising Theory**, 2. ed. Nova York: Routledge, 2019, p. 71.

¹⁸² PERUGINI; RICHTEN; COSTANTINI, Personality and the Unconscious, p. 69; LATZEL, **Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie**.

¹⁸³ PETTY; BRIÑOL, The Elaboration Likelihood Model, p. 225; HEUN, **Werbung**, p. 125–126.

¹⁸⁴ PETTY; BRIÑOL, The Elaboration Likelihood Model, p. 226; PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 133.

¹⁸⁵ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 130; O'KEEFE, Daniel J., **Persuasion: Theory and Research**, 3. ed. Los Angeles: Sage, 2016, p. 235.

Assim, os indivíduos podem empenhar maior ou menor esforço cognitivo à luz de seu próprio interesse e das circunstâncias que se apresentam¹⁸⁶ e isto afeta a tentativa de persuasão¹⁸⁷. Desta maneira, ao selecionar um produto, o consumidor pode gastar mais tempo observando os ingredientes contidos no bem ou simplesmente selecionar algum deles por conta da marca, embalagem ou outro elemento que julgue atrativo, especialmente se teve uma boa impressão no contato com o produto (o chamado *halo effect*)¹⁸⁸.

Deve-se notar que o esforço cognitivo não é algo realizado de modo simples, havendo necessidade de dedicação do cérebro para o desempenho de suas atividades. Noutras palavras, pensar cansa e a energia dispendida na atividade de raciocínio termina por exigir do indivíduo uma contenção em outras atividades mentais.

No plano filosófico, isto tem sido observado como “fadiga informacional” (tradução livre)¹⁸⁹, por isso a preocupação com o que se chamou de fluência de processamento (*processing fluency*) a fim de que o indivíduo possa efetuar suas escolhas em um ambiente simples, descomplicado e que não exija elaboração¹⁹⁰.

Assim, embora a informação seja algo positivo e possua valor instrumental¹⁹¹, seu excesso produz justamente o contrário, fatigando o usuário e tornando inútil o conjunto de informações transmitidas¹⁹².

Por conta disto, ao longo do dia, o consumidor, que também é membro de entidade familiar, amigo, trabalhador etc., deve selecionar em que ponto deste contínuo colocará cada tomada de decisão, de modo que a motivação assume um papel importante na quantidade de elaboração utilizada¹⁹³. Do mesmo modo, a distração pode afetar negativamente argumentos fortes reduzindo a persuasão e afetar positivamente argumentos fracos aumentando a persuasão¹⁹⁴.

¹⁸⁶ PETTY, Richard; CACIOPPO, John, **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, New York: Springer-Verlag, 1986, p. 13.

¹⁸⁷ PETTY; BRIÑOL, The Elaboration Likelihood Model, p. 226.

¹⁸⁸ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

¹⁸⁹ HAN, Byung-Chul, **In The Swarm**, Cambridge: The MIT Press, 2017, p. 59.

¹⁹⁰ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

¹⁹¹ SUNSTEIN, Cass R, **Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know**, Cambridge: MIT, 2020, p. 14.

¹⁹² SUNSTEIN, **Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know**; BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E., The Failure of Mandated Disclosure, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 159, p. 647-749, 2011.

¹⁹³ PETTY; CACIOPPO, **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, p. 81.

¹⁹⁴ PETTY; BRIÑOL, The Elaboration Likelihood Model, p. 229.

Ao lado disto, questões emocionais e vieses podem afetar a tomada de decisão fazendo com que se tome a rota central ou periférica¹⁹⁵, pois quanto mais aderente a tentativa de persuasão for em relação ao seu receptor em termos subjetivos (interesse, valores, gostos, cultura etc.), maior será a probabilidade de sucesso da tentativa¹⁹⁶.

Contudo, isto não é pacífico e há indivíduos mais propensos a meditar sobre determinados assuntos a despeito de circunstâncias exteriores que, geralmente, atrapalhariam o dispêndio de energia na elaboração.

Assim, a necessidade de cognição (*need for cognition*)¹⁹⁷ diz respeito à atitude de determinados indivíduos em relação à prática de atividades que exigem esforço cognitivo. Deste modo, indivíduos com alta necessidade de cognição sentem prazer em atividades relacionadas ao pensamento (tais como busca e processamento de informações), utilizando-se menos de heurísticas na tomada de decisões em comparação com indivíduos com menor necessidade de cognição. Isto não significa que indivíduos com alta necessidade de cognição sejam “frios”, dado que pesquisas indicam que eles possuem menor dificuldade em identificar os próprios sentimentos e comunicá-los¹⁹⁸.

No que diz respeito à persuasão, indivíduos com alta necessidade de cognição são mais persuadidos pela qualidade dos argumentos e não pela confiabilidade da fonte. Ao passo que indivíduos com menor necessidade de cognição somente analisam os argumentos quando a mensagem não é confiável¹⁹⁹.

Ao lado disto, pessoas que possuem maiores preocupações com sua imagem (*high self-monitors*) são mais influenciáveis por estratégias voltadas ao modo como serão vistos caso adquiram um dado produto, ao passo que outros, com menores preocupações com o tema (*low self-monitors*), estão fixados em seus estados interiores²⁰⁰.

Assim, em muitos casos, não importa tanto o que é dito pela publicidade, mas como esse conteúdo é apropriado pelo público-alvo²⁰¹ e se as condições para o sucesso da tentativa de persuasão são favoráveis. Aliás, a repetição de argumentos pode ou não ser uma boa estratégia,

¹⁹⁵ PETTY; CACIOPPO, **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, p. 115.

¹⁹⁶ PETTY; BRIÑOL, The Elaboration Likelihood Model, p. 231; O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 240 e seguintes.

¹⁹⁷ O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 241.

¹⁹⁸ CACIOPPO, John *et al*, Dispositional Differences in Cognitive Motivation: The Life and Times of Individuals Varying in Need for Cognition, **Psychological Bulletin**, v. 119, n. 2, p. 197–253, 1996; PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 228.

¹⁹⁹ CACIOPPO *et al*, Dispositional Differences in Cognitive Motivation: The Life and Times of Individuals Varying in Need for Cognition.

²⁰⁰ O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 77.

²⁰¹ FLETCHER, **Advertising: A Very Short Introduction**, p. 67.

pois argumentos mais poderosos resultam em maior aceitação, ao passo que os fracos se tornam mais evidentes²⁰².

De acordo com LATZEL, para que a rota central seja tomada e ocorra efetivamente a mudança de comportamento desejada, há necessidade de que o indivíduo atravessasse cinco etapas do processamento de informação: i) atenção; ii) entendimento; iii) aceitação; iv) retenção; e v) seguir o comportamento correspondente²⁰³.

Simplificando o modelo de PETTY e CACIOPPO, podemos analisar os postulados do modelo de probabilidade de elaboração da seguinte maneira: i) os indivíduos têm a pretensão de ter atitudes (*attitudes*) corretas; ii) a despeito de “i”, a elaboração disponível para a análise de uma dada mensagem pode variar por fatores subjetivos e/ou objetivos; iii) as variáveis podem aumentar ou reduzir a possibilidade de elaboração de um dado conteúdo, levando a rotas periféricas ou centrais; e iv) mudanças de comportamento fundadas na rota central são mais duradouras e previsíveis que as baseadas em rotas periféricas²⁰⁴.

Assim, o cenário de escolhas no modelo de probabilidade de elaboração permite que o sujeito disponha de sua limitada capacidade mental para alojá-la onde lhe parecer mais produtivo dadas as circunstâncias que se colocam diante dele.

A principal crítica ao modelo de probabilidade de elaboração é a de que ele é tão genérico que se torna difícil testar sua validade empírica²⁰⁵, pois há regras e exceções contínuas que levam a conflitos entre os critérios (pensemos em uma pessoa motivada para elaboração, mas que recebe uma mensagem extremamente adequada a seus vieses, por exemplo).

4.3.2. Modelo heurístico-sistemático (*Heuristic-systematic Model*)

O modelo heurístico-sistemático (*Heuristic-systematic model*) foi desenvolvido por CHAIKEN ao mesmo tempo em que o modelo de probabilidade de elaboração²⁰⁶ e serve de base para modelos construídos por vencedores do Prêmio de Ciências Econômicas como

²⁰² PETTY; CACIOPPO, *Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change*, p. 80.

²⁰³ LATZEL, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, p. 9.

²⁰⁴ PETTY; CACIOPPO, *Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change*, p. 5.

²⁰⁵ PERLOFF, *The Dynamics of Persuasion*, p. 150.

²⁰⁶ PETTY; BRIÑOL, *The Elaboration Likelihood Model*, p. 225.

KAHNEMAN²⁰⁷ (em parceria com o falecido Amos Tversky) e THALER²⁰⁸, mais conhecido por sua obra *Nudge*²⁰⁹, escrita em parceria com o jurista SUNSTEIN.

A distinção essencial em relação ao modelo de probabilidade de elaboração se dá no fato de que o modelo heurístico-sistemático se concentra na divisão da tomada de decisão através de dois sistemas e não de dois polos de um contínuo. Ou seja, onde antes havia um segmento que ligava a maior ou a menor elaboração há somente dois sistemas de tomada de decisão que são independentes entre si, mas que podem interagir²¹⁰.

No sistema heurístico, também chamado de sistema 1²¹¹, o indivíduo se vale de heurísticas que demandam menor esforço cognitivo²¹², tratando-se de “regras sem condições muito claras” (tradução livre)²¹³ ou ainda de “atalhos mentais” (tradução livre)²¹⁴, e está suscetível a vieses que são utilizados quotidianamente e que podem ou não implicar em escolhas equivocadas, os quais “favorecem quaisquer possibilidades já fortes” (tradução livre)²¹⁵. Na verdade, contudo, a utilização de heurísticas muitas vezes é extremamente produtiva.

A título de exemplo, pensemos em como o indivíduo atua de modo despreocupado ao caminhar em direção ao trabalho por um dado percurso todos os dias. Caso fosse necessário efetuar todos os dias a escolha do trajeto e prestar atenção em todos os detalhes, o simples deslocamento ao trabalho se tornaria uma tarefa mental cansativa.

Na verdade, a própria definição de atenção já destaca que se trata do “meio do cérebro de alocar seus recursos limitados focando em alguns inputs neurais à exclusão de outros” (tradução livre)²¹⁶, como pontua SUNSTEIN: “escolher é sempre um benefício extraordinário, um tipo de graça (*blessing*), mas também pode ser um imenso fardo, um tipo de maldição” (tradução livre)²¹⁷.

Contudo, ao mesmo passo que o Sistema 1 permite escolhas simples e rápidas, também compromete decisões por conta desvios sistemáticos (ou seja, não aleatórios) da racionalidade²¹⁸, de maneira que uma mesma pessoa pode ser ludibriada por expressões como

²⁰⁷ KAHNEMAN, **Thinking, Fast and Slow**.

²⁰⁸ THALER, **Misbehaving**.

²⁰⁹ THALER; SUNSTEIN, **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**.

²¹⁰ CHAIKEN; LEDGERWOOD, *A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing*, p. 255.

²¹¹ KAHNEMAN, **Thinking, Fast and Slow**.

²¹² CHAIKEN; LEDGERWOOD, *A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing*, p. 247.

²¹³ BARON, *Heuristics and Biases*, p. 10.

²¹⁴ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 99.

²¹⁵ BARON, *Heuristics and Biases*, p. 20.

²¹⁶ GARRETT; HOUGH, **Brain & Behavior**.

²¹⁷ SUNSTEIN, Cass R, **Choosing not to choose: Understanding the Value of Choice**, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. ix.

²¹⁸ ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron, **Behavioral Law and Economics**, Nova York: Oxford University Press, 2018.

“grátis”²¹⁹. O que foi chamado na literatura alemã de *Denkfehler*, o que significa, ao pé da letra, “erro de pensamento”²²⁰.

As pesquisas diagnosticaram diversos vieses que podem influenciar a tomada de decisão do indivíduo, tais como o otimismo excessivo, que leva o sujeito a pensar positivamente a respeito de um futuro incerto, o viés do status quo, no qual o agente prefere a inércia a qualquer atividade, e, principalmente, o enquadramento, que representa diferenças de seleção por parte do consumidor à luz da forma com que a escolha lhe é apresentada²²¹. Igualmente, as heurísticas também afetam a vida quotidiana, tais como a confiança nos especialistas, no grupo social ou em consenso²²².

O Sistema 2 ou sistemático atua de modo diverso, investindo energia cognitiva na busca pela resposta adequada aos problemas que lhe são apresentados²²³. Isto não significa que o indivíduo necessariamente irá atingir a decisão mais correta, mas que terá maior dispêndio de energia e sairá do “piloto automático” na hora de realizar sua decisão.

Noutras palavras, caso o Sistema 2 fosse infalível, não haveria que se falar em decisões equivocadas que foram precedidas de horas e horas de meditação. Ainda que um consumidor decida adquirir um imóvel e passe meses analisando todas as opções disponíveis, nada assegura que a sua escolha seria, necessariamente, aquela que seria obtida no modelo de agente racional.

Assim, o Sistema 2 toma decisões mais ponderadas, não decisões perfeitas.

A utilização de um ou outro sistema depende do indivíduo, que poderá ou não estar motivado para dedicar maior gasto de energia intelectual a uma dada tarefa ou ainda estar convencido da decisão a tomar, preferindo então dispender mais ou menos energia em virtude da confiança que possui em sua capacidade de escolher adequadamente²²⁴.

Isto possui grande importância nas relações de consumo, pois, como pontua BAR-GILL, o fornecedor estará preocupado não com o agente racional, mas com a percepção de valor dada pelo agente com racionalidade limitada²²⁵.

²¹⁹ ARIELY, Dan, **Predictably Irrational: The hidden forces that shape our decisions**, Londres: HarperCollinsPublishers, 2009.

²²⁰ LATZEL, **Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie**, p. 27.

²²¹ THALER; SUNSTEIN, **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**; SUNSTEIN, **Choosing not to choose: Understanding the Value of Choice**, p. 67.

²²² CHAIKEN; LEDGERWOOD, **A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing**, p. 247.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*, p. 247–248.

²²⁵ BAR-GILL, Oren, Consumer Transactions, *in: The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Londres: Oxford University Press, 2014, p. 467.

Conforme aponta a pesquisa sobre heurísticas e vieses, o esforço que deve ser feito é reduzir os custos de deliberação, tornar mais simples e fácil a tomada de uma decisão racional, ou seja, um processo de desviesamento²²⁶.

4.4. Modelo de conhecimento de persuasão (*Persuasion Knowledge Model*)

À exceção da teoria da escolha racional, os modelos analisados até o momento contêm um problema evidente, a sua conformidade a um tipo estático de indivíduo. Significa dizer, os modelos não trabalham com a possibilidade de que os agentes possam evoluir a partir de experiências anteriores.

Isto não é um problema para a teoria da escolha racional simplesmente porque o indivíduo selecionou aquilo que, a partir de seus critérios, seria a melhor escolha possível. Se a melhor escolha possível foi realizada, não há como se considerar que o agente plenamente racional tenha incorrido em equívoco, pois tomou a melhor decisão à luz das informações e preferências que possuía no momento.

Por outro lado, um indivíduo dentro da teoria da agulha hipodérmica ou nos sistemas duais sempre estará às voltas com experiências desagradáveis, nossos erros provavelmente constituem um acervo muito superior aos nossos acertos.

Estes vícios não estão presentes no modelo de conhecimento de persuasão, o qual se apresenta como uma experiência reiterada entre a tentativa de persuasão realizada por terceiro e a experiência do indivíduo. Se o agente for incauto no início, nada impede que, após observar os resultados de sua conduta, evolua em direção a um comportamento diferente.

Ou seja, trata-se de um modelo que coloca em foco não apenas as estratégias persuasivas do agente, mas também do comportamento do destinatário frente a estas tentativas de persuasão, contemplando as duas pontas da relação intersubjetiva²²⁷.

Para solver estes problemas, o modelo de conhecimento de persuasão (*Persuasion Knowledge Model – PKM*) foi elaborado por FRIESTAD e WRIGHT para descrever o conhecimento e o comportamento do receptor da mensagem a respeito da tentativa de persuasão elaborada por um terceiro e o modo como o receptor responde a ela a fim de verificar quais estratégias são adotadas por ambas as partes²²⁸.

²²⁶ PI; PARISI; LUPPI, *Biasing, Debiasing and the Law*, p. 153.

²²⁷ FRIESTAD, Marian; WRIGHT, Peter, *Everyday Persuasion Knowledge*, **Psychology & Marketing**, v. 16, n. 2, p. 185–194, 1999.

²²⁸ FRIESTAD; WRIGHT, *The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts*; FRIESTAD; WRIGHT, *Everyday Persuasion Knowledge*.

Assim, podemos supor que alguém se maravilhe por uma peça publicitária sobre um novo veículo da companhia X, o qual teria todas as qualidades possíveis e imagináveis (suponhamos que não haja qualquer enganiosidade ou abusividade no anúncio). Após esta aquisição, o indivíduo nota que o bem não lhe trouxe a satisfação esperada, seja porque a alegria inicial evanesceu após algum tempo, seja pela depreciação do veículo, seja por qualquer outro fator.

Mais experiente, o consumidor está preparado para resistir às peças publicitárias e notar que as tentativas de persuasão do fornecedor X possuem entrelinhas que não são mencionadas no anúncio, mas que fazem parte de sua experiência frente ao bem de consumo (lembrando a premissa de que não há enganiosidade ou abusividade na publicidade). Munido desta nova versão de si mesmo, A se encontra em uma situação na qual pode fazer frente à publicidade e controlar melhor seus impulsos.

Note-se, porém, que o consumidor não é obrigado a realizar uma compra para aprimorar seus conhecimentos a respeito das técnicas de persuasão empregadas, pois pode ocorrer a chamada inoculação, ou seja, através de pequenas doses de exposição à publicidade, o consumidor se torna mais resistente às tentativas de persuasão contra ele empregadas, ainda que elas não estejam relacionadas ao mesmo argumento²²⁹.

Ao longo do tempo, o consumidor adquire conhecimentos sobre técnicas de persuasão e aprende a lidar com os anúncios recebidos através de estratégias como, exemplificativamente: i) separar elementos emocionais e informacionais; ii) retirar sua atenção do anúncio; e iii) realizar julgamentos sobre os objetivos e táticas do fornecedor²³⁰.

Exemplificativamente, após a percepção por parte do consumidor de que está diante de uma tentativa de persuasão, ele pode desviar seu foco do conteúdo da mensagem do anunciante, impossibilitando sua compreensão a ponto de frustrar a própria tentativa de persuasão²³¹.

Contudo, o fato do próprio consumidor se adaptar possibilita que o fornecedor também evolua em sua tentativa de persuasão. Uma das teorias que lida com a relação entre a publicidade e o consumidor chamada de “mutação dos efeitos” (*mutation of effects*), na qual se considera que o consumidor, ao longo do tempo, adquire defesas contra as estratégias de persuasão, forçando os publicitários a elaborarem novas estratégias²³² e assim sucessivamente em um jogo sem término definido.

²²⁹ O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 392–393.

²³⁰ FRIESTAD; WRIGHT, *The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts*.

²³¹ *Ibid.*

²³² DUFF, Brittany R. L.; FABER, Ronald J.; NAN, Xiaoli, *Coloring Outside the Lines*, in: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.), **Advertising Theory**, 2. ed. New York: Routledge, 2019, p. 38.

O modelo de conhecimento de persuasão é então uma metateoria no sentido de que pode albergar o desenvolvimento do indivíduo, dando-lhe uma dinâmica de aprendizado até então não observada²³³.

Trata-se, portanto, de um refinamento que deve ser levado em conta ao analisarmos as tecnologias persuasivas e a sua relação com o consumidor.

5. Primeiro Excurso: Direito brasileiro, livre arbítrio e tomada de decisão.

Como vimos, a questão do livre arbítrio pode ser dividida entre determinismo (compreendendo fatalismo e compatibilismo) e indeterminismo. Passaremos agora a tratar da questão do livre arbítrio e da tomada de decisão à luz do Direito brasileiro, especialmente sob o prisma das Partes Gerais do Código Penal e do Código Civil.

A opção se dá porque o exame dos elementos subjetivos do tipo²³⁴ e da capacidade de fato, exercício ou agir²³⁵ estão no cerne do exercício da liberdade pelos indivíduos, de modo que sua análise possibilita identificar os vestígios filosóficos que subjazem às decisões legislativas.

O Direito brasileiro sempre repudiou a postura fatalista, como assinala PINK, a liberdade é um pressuposto do sistema jurídico²³⁶. Veja-se, por exemplo, como SARMENTO coloca pressuposto da liberdade sob pena de todo o Direito soçobrar:

A premissa deste estudo é a de que a liberdade humana é uma possibilidade real, e não uma ilusão, conquanto esteja sujeita a diversos tipos de embaraço que não podem ser desprezados. Em alguma medida, estamos ‘condenados à liberdade’. As consequências do contrário seriam tão intoleráveis para a compreensão de pessoa, de responsabilidade, de sociedade e de Direito, tão insuportáveis para as nossas próprias vidas, que a liberdade *tem* de ser postulada. (grifo no original)²³⁷

Por outro lado, o mesmo tema desperta preocupações recentes como a de RODRÍGUEZ:

²³³ FRIESTAD; WRIGHT, The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal: parte geral (Arts. 1º a 120)**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 372–373.

²³⁵ DINIZ, Maria Helena, Art. 1º, *in*: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Orgs.), **Código Civil Comentado**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80; COELHO, Fábio Ulhoa, **Direito Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 161–163; DUARTE, Nestor, Art. 1º, *in*: PELUSO, Cezar (Org.), **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**, 16. ed. São Paulo: Manole, 2022, p. 15.

²³⁶ PINK, **Free Will: A Very Short Introduction**, p. 9; HARDCASTLE, Valerie Gray, My Brain Made Me Do It? Neuroscience and Criminal Responsibility, *in*: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.), **The Routledge Handbook of Neuroethics**, Nova York: Routledge, 2018; BUBLITZ, Christoph, My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept, *in*: **Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective**, Heidelberg: Springer, 2013, p. 233–264; BLACKMORE, **Consciousness: A very short introduction**, p. 84; Sobre a responsabilidade moral, veja-se: KANE, **A Contemporary Introduction to Free Will**.

²³⁷ SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, p. 138.

Entretanto, a nós incomoda que a problemática da *Willensfreiheit*, tão nuclear na metafísica, seja adrede dispensada da atribuição de responsabilidade, ausente de um debate mais amplo. Nossa posição, antes mesmo de iniciar a pesquisa, foi a de que o tema, ainda que por pura questão metodológica, mereceria atenção dos penalistas, em grau, no mínimo, equivalente a outros problemas tão reiteradamente revisitados²³⁸.

De fato, adotar a postura de que tudo ocorre por conta de causas precedentes que determinam o presente leva à conclusão de que a legislação pouco ou nada pode fazer. Presentes as causas, os crimes ocorreriam de modo independente à existência do texto legal, assim como os fatos que ensejam a responsabilidade civil, por exemplo.

Seria então justo punir aquele que não poderia necessariamente se determinar de outra forma ainda que compreendesse a ilicitude do fato?²³⁹ É uma questão tormentosa ao sistema jurídico, pois não mais se poderia discutir a inexigibilidade de conduta diversa, mas, efetivamente, a impossibilidade. Justamente por isso, a dogmática penal sob a ótica funcionalista tem se preocupado com a presunção da liberdade²⁴⁰.

Ora, se o dolo é querer ou assumir o risco de produzir um dado resultado e a culpa ocorre por imprudência, imperícia ou negligência²⁴¹, uma postura fatalista impossibilitaria exigir dolo²⁴² ou culpa, tornando a responsabilidade penal objetiva e equiparando os delitos culposos e dolosos, o que é vedado de forma clara no parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

Não se ignora ainda as teorias que refutam a vontade (por ser um componente psíquico inverificável) como elemento do dolo, o que ficou caracterizado como “dolo sem vontade”, devendo a presença do dolo ser dessumida no plano normativo²⁴³, inclusive por um dever de autodomínio²⁴⁴. Contudo, a simples presença deste pressuposto de autodomínio já faz desabar a possibilidade de um “Direito Penal Fatalista” nos moldes atuais.

Deve-se notar, contudo, que a inimputabilidade deixa um rastro de fatalismo ao isentar de pena o agente inteiramente incapaz de se determinar de acordo com o entendimento de que

²³⁸ RODRÍGUEZ, *Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução da dogmática*, p. 17.

²³⁹ ZIPPELIUS, *Filosofia do Direito*, p. 256.

²⁴⁰ Veja-se a crítica de RODRÍGUEZ a Roxin e Jakobs, por exemplo: RODRÍGUEZ, *Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução da dogmática*, p. 219 e seguintes.

²⁴¹ Cf. art. 18, I e II, do Código Penal.

²⁴² Na doutrina penal, o dolo sempre é colocado como a união entre consciência e vontade de praticar a conduta típica. Salvo, evidentemente, no dolo eventual. NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 176; MASSON, Cléber, *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)*, 16. ed. São Paulo: Método, 2022, p. 245; DOTTE, René Ariel, *Curso de Direito Penal: Parte Geral*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 474; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 427; BITENCOURT, *Tratado de direito penal: parte geral (Arts. 1º a 120)*, p. 380; SOUZA, Luciano Anderson de, *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 303–308.

²⁴³ VIANA, Eduardo, *Dolo como compromisso cognitivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 251–295; MASSON, *Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)*, p. 253–254.

²⁴⁴ VIANA, *Dolo como compromisso cognitivo*, p. 189.

o fato é ilícito²⁴⁵. Noutras palavras, considera-se o inimputável como alguém movido pelas causas anteriores, ainda que possa ter compreensão de que seu comportamento é ilícito, pois ausente o caráter volitivo²⁴⁶.

Note-se, contudo, que não é simples, mesmo com acesso a métodos de ponta como a ressonância magnética funcional ou o eletroencefalograma identificar padrões cerebrais que definam com exatidão a inimputabilidade em variados cenários²⁴⁷.

O Direito Civil, por sua vez, parece dar ainda menos espaço ao fatalismo, pois apenas não confere lastro aos negócios jurídicos entabulados solitariamente pelos absolutamente incapazes²⁴⁸, fulminando-os com a nulidade absoluta, mas também não o faz por uma adoção do fatalismo.

Assim, à exceção dos menores de dezesseis anos, presume-se sempre a capacidade civil e a declaração da vontade como um ato de livre arbítrio, especialmente após as alterações promovidas pela Lei de nº: 13.146/15, que removeu da incapacidade absoluta “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática” dos atos da vida civil e os que “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”²⁴⁹.

Interessante notar, por outro lado, como lembram ROSENVALD e BRAGA NETTO, que “Mesmo os absolutamente incapazes (menores de 16 anos, segundo o Código Civil) não são *tão incapazes assim*.”, pois podem praticar os chamados atos existenciais ou atos socialmente típicos, ainda que a literalidade do Código Civil diga o contrário²⁵⁰.

A posição compatibilista se aproxima do tratamento jurídico dado à intenção do agente no cometimento de um delito ou ainda de uma declaração de vontade, pois o querer externado importa mais do que as condições sob as quais este querer vem a existir, exceto quando o próprio Direito intervém na forma de excludentes legais ou supralegais no Direito Penal²⁵¹ ou vícios de consentimento no Direito Civil²⁵².

²⁴⁵ Cf. art. 26 do Código Penal.

²⁴⁶ Masson sintetiza que a inimputabilidade abrange o campo intelectual e volitivo. MASSON, **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**, p. 389; ZAFFARONI; PIERANGELI, **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 553; BITENCOURT, **Tratado de direito penal: parte geral (Arts. 1º a 120)**, p. 500–501; SOUZA, **Direito penal: parte geral**, p. 380.

²⁴⁷ HARDCASTLE, *My Brain Made Me Do It? Neuroscience and Criminal Responsibility*.

²⁴⁸ Cf. arts. 3º e 166, I, do Código Civil.

²⁴⁹ Para se verificar a doutrina anterior às mudanças de 2015, veja-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 234 e seguintes; RIZZARDO, Arnaldo, **Parte Geral do Código Civil**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179 e seguintes.

²⁵⁰ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe, **Código Civil Comentado**, 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 61–63.

²⁵¹ Cf. art. 23 do Código Penal.

²⁵² Cf. arts. 138 e seguintes do Código Civil.

Entretanto, a posição libertária do indeterminismo nos parece mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro na maior parte das vezes. Se alguém decide praticar um dado fato típico, tomou esta atitude diante de um conjunto de opções e, somente quando estas opções lhe são subtraídas, haverá excludentes legais ou supralegais.

Do mesmo modo, a declaração de vontade que estabelece um contrato pressupõe que o contratante poderia optar por não contratar ou contratar com terceiro e somente quando existente vício de consentimento seria questionável a voluntariedade do ato.

Assim, a tomada de decisão é extremamente alargada, pois a pessoa com capacidade de fato é considerada “como dotada de condições psíquico-físicas suficientes à compreensão das consequências de seus atos. Considera a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões”²⁵³.

Contudo, mesmo este exercício de liberdade não significa que o Direito seja infenso a situações nas quais os indivíduos se encontram em posição de desvantagem (vulnerabilidade) diante de seus pares.

Assim, nas relações de consumo, por exemplo, a despeito da vontade manifestada expressamente pelo consumidor, há práticas e cláusulas vedadas em absoluto. Mais que isso, ainda que haja um estrito cumprimento de todas as determinações legais, é possível revisar os contratos à luz do superendividamento do consumidor de boa-fé ou por conta de fatores supervenientes não necessariamente vinculados a aspectos subjetivos²⁵⁴. Aqui, contudo, atuam as compreensões de que o mercado de consumo é dominado por monopólios e/ou oligopólios ou que não há possibilidade de efetiva discussão das cláusulas contratuais²⁵⁵.

Entretanto, a plena adequação do indeterminismo à previsão geral da legislação cria problemas justamente em casos especiais. Ora, retornando ao exemplo da inimputabilidade absoluta, o indivíduo que não pode se determinar mesmo compreendendo a ilicitude do fato é uma clara violação ao postulado de que os agentes não estão integralmente subordinados às causas antecedentes.

Dentro deste prisma, nota-se que o Direito não possui uma posição específica sobre o tema do livre arbítrio e adere de modo variado às teorias existentes a partir de um conjunto de valorações de situações fáticas que regula.

²⁵³ COELHO, **Direito Civil**, p. 163.

²⁵⁴ Cf. arts. 104 – A e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

²⁵⁵ KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 15 e seguintes; 137 e seguintes.

Note-se, porém, que não se deve considerar que a função do Direito é ter um corpo de disposições *filosoficamente* coeso, mas sim que suas disposições deem a possibilidade de prever e coordenar comportamentos em sociedade²⁵⁶ com o máximo de *justiça* possível²⁵⁷.

HABERMAS pontuou bem esta dificuldade do direito ao assinalar as diversas influências sofridas pelo sistema jurídico sem que tenha, com isso, um critério de solução:

(...) pelo fato de estar vinculado tanto ao dinheiro e ao poder administrativo quanto à solidariedade, o direito lida em suas operações de integração com imperativos de diferentes proveniências. Mas em lugar algum está escrito nas normas jurídicas *como* equilibrar estes imperativos. (grifo no original)²⁵⁸

Como nos manifestamos em outra oportunidade²⁵⁹, o Direito não possui uma teoria a respeito do indivíduo, variando suas regras a partir de relações jurídicas travadas entre as pessoas. Significa dizer que um empresário poderá ser considerado entre pares ao negociar um contrato para a exploração de uma atividade econômica e, ao mesmo tempo, um vulnerável ao negociar um financiamento imobiliário para a aquisição de moradia.

Em resumo: i) o Direito brasileiro rejeita o fatalismo; ii) é possível considerar que o Direito brasileiro transita entre o compatibilismo e o indeterminismo sem um compromisso coesão filosófica a respeito da relação entre Direito e Liberdade.

6. Considerações finais da Parte I

Esta Parte teve o objetivo de colocar à mesa o problema do livre arbítrio, não raras vezes ignorado pelo Direito, e colocá-lo como porta de entrada para a discussão das tecnologias persuasivas. Embora não exista uma resposta definitiva sobre se há ou não livre arbítrio, ou seja, se somos capazes de escolher nossas ações ou estamos presos a elos causais dos quais somos simplesmente efeitos, entendemos que a visão compatibilista melhor se adapta ao que é vivenciado na experiência cotidiana.

²⁵⁶ A função do direito estaria colocada frente às expectativas, possibilitando aos indivíduos o conhecimento das ações e consequências. Contudo, este gerenciamento de expectativas somente pode ocorrer se o direito efetivamente tiver meios de impor a satisfação das pretensões por ele asseguradas. LUHMANN, Niklas, **Das Recht der Gesellschaft**, 8. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2020, p. 131–132; 152–153; LUHMANN, Niklas, **O direito da sociedade**, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 175;204.

²⁵⁷ LUHMANN pontua que o direito constitucional se vale de elementos como padrões éticos e morais, contudo, compreende isto como parte do próprio direito e não como remissão a conteúdos metajurídicos. LUHMANN, **Das Recht der Gesellschaft**, p. 95–98; LUHMANN, **O direito da sociedade**, p. 128–130.

²⁵⁸ HABERMAS, **Facticidade e validade**, p. 76; HABERMAS, **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, p. 59.

²⁵⁹ KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 39 e seguintes.

Noutras palavras, as causas (genéticas e culturais, por exemplo), determinam de que modo iremos nos comportar em uma dada situação, mas isto não implica na impossibilidade do livre arbítrio, visto que o comportamento não deixa de ser voluntário. Fazemos o que fazemos porque desejamos assim proceder, ainda que por motivos decorrentes não apenas de nossa própria subjetividade, mas também por fatores externos que condicionam a experiência da vida.

Após esta introdução, passamos a observar que o cérebro humano é extremamente complexo e pode processar os estímulos de variadas formas, inclusive com repercussões no modo com que decisões serão tomadas pelo indivíduo.

Além disto, vimos como a cultura pode desempenhar um papel relevante em nosso comportamento, pontuando então que não somos meras máquinas de sobrevivência de reprodução de genes.

Mesmo feitas estas considerações, não se pode ignorar que há certos elementos comuns entre grupos de indivíduos, os traços de personalidade, notando também que, baseando-nos no modelo de cinco fatores, é possível observar que há conexões entre atividades cerebrais e hormônios que influenciam a nossa personalidade.

Como salientado, dentre as teorias da personalidade, a mais aceita cuida de cinco fatores que servem de parâmetro para a avaliação de indivíduos através de testes a respeito da adesão a determinadas frases e que possuem validade intercultural.

Vencida a análise dos tipos de personalidade, discutimos as teorias de tomada de decisão, sendo que nosso posicionamento pessoal está mais próximo do modelo de probabilidade de elaboração com as contribuições do modelo de conhecimento de persuasão.

Deve-se notar que a rota periférica/ Sistema 1 é mais aderente a tentativas de persuasão com as quais estamos acostumados ou que sejam conformes a nossos traços de personalidade, ao passo que a rota central/ Sistema 2 é acionado justamente quando há um desacordo entre a mensagem e nossas preferências prévias.

Portanto, para nós, há uma linha contínua de maior e menor dispêndio intelectual nas atividades quotidianas, mas que, diante de tentativas de persuasão levadas a cabo por terceiros, somos diuturnamente atualizados pela experiência e, portanto, ganhamos maior coragem frente às tentativas de persuasão. Isto não implica, evidentemente, que jamais seremos ludibriados uma segunda vez, significa apenas que cada tentativa de persuasão nos encontra mais resistentes e menos suscetíveis de incorrer em equívoco.

1. Da publicidade analógica à digital: breves apontamentos.

Antes de investigarmos as tecnologias persuasivas, há ainda que se questionar o que é a publicidade, como se deu sua evolução e o papel destas estas mudanças em relação aos modelos de tomada de decisão vistos no item anterior.

Apenas a título de esclarecimento geral, dentro de nosso sistema jurídico, a publicidade é voltada a uma finalidade econômica, ao passo que “a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social”²⁶⁰. Não é por outro motivo que os arts. 56 e 60 do CDC dispõem sobre sanção administrativa de contrapropaganda e não em contrapublicidade.

Feitas estas ressalvas, além da origem etimológica de se referir ao ato de tornar algo público²⁶¹: “Publicidade (*advertisement*) é uma comunicação paga com intenção de informar e/ou persuadir uma ou mais pessoas” (tradução livre)²⁶².

Esta definição não é pacífica, ROGERS e THORSON assinalam que a o conceito de publicidade (*advertising*) passou por uma forte mudança nos últimos anos. Assim, pontuam que, em 2012, definiram publicidade como: “mensagens pagas de um patrocinador identificado (*identified sponsor*) utilizando a mídia de massa para persuadir uma audiência” (tradução livre)²⁶³.

Contudo, a publicidade passou a se desvincular da necessidade de pagamento por meio de páginas dos próprios anunciantes. Da mesma forma, o anunciante identificado pode ser ocultado por comentários de amigos ou terceiros sobre um produto ou serviço. Além disto, a possibilidade de envio de conteúdo personalizado torna menos relevante a utilização da mídia de massa. Neste contexto, as autoras pontuam que passaram a trabalhar com um conceito de publicidade que reúne apenas dois elementos “uma mensagem de um anunciante e a intenção de persuadir” (tradução livre)²⁶⁴.

Note-se que “a mensagem pode visar informar, persuadir ou relacionar a qualquer coisa. No último caso, a publicidade busca construir o que se chama ‘imagem da marca’” (tradução livre)²⁶⁵.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 325.

²⁶¹ AFONSO, Luiz Fernando, **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**, São Paulo: Almedina, 2019, p. 45.

²⁶² FLETCHER, **Advertising: A Very Short Introduction**, p. 2.

²⁶³ THORSON; ROGERS, *Advertising Theory in the Digital Age*, p. 3.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 3–4.

²⁶⁵ CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 36.

A publicidade também pode ser analisada como um “processo a ser percorrido sistematicamente da definição da tarefa passando pelo desenvolvimento da estratégia e do conceito até o controle do sucesso da publicidade” (tradução livre)²⁶⁶.

Em seu tratamento jurídico, a publicidade pode ser definida como “ação econômica que visa a motivar o consumo de produtos ou serviços, por meio da veiculação de mensagens persuasivas, por diversas mídias”²⁶⁷.

Não se deve confundir o marketing com a publicidade, pois o primeiro possui um espectro mais amplo, sendo inicialmente “um conjunto de técnicas, tornadas ciência da gestão, visando criar as condições técnicas para maximizar o resultado das empresas”²⁶⁸.

Contudo, também não se pode dizer que sejam áreas estanques, o chamado Marketing 5.0, por exemplo, volta-se ao consumidor e à “economia da emoção”²⁶⁹, o que está intrinsecamente ligado, como veremos, a técnicas publicitárias cada vez mais sofisticadas.

No plano dos negócios, a relação entre o anunciante e a mídia não ocorre de forma direta, pois a mensagem publicitária pode ser criada de modo melhor e mais barato por especialistas contratados. Assim, os três principais envolvidos na emissão da publicidade ao público-alvo são: (i) anunciantes (*advertisers*); (ii) a mídia; e (iii) as agências de publicidade²⁷⁰.

Com base nisto, pode-se notar que, geralmente, a atividade de criação da mensagem publicitária não é desenvolvida totalmente no interior das sociedades empresárias, mas formulada por agências de publicidade, que se interpõem entre o fornecedor de produtos e serviços e a mídia a ser utilizada.

Este modelo dispõe que os anunciantes contratam agências de publicidade para a criação da mensagem publicitária e a escolha da mídia a ser utilizada. A partir dos anos 70, a divisão entre criar e intermediar a relação com a mídia passou a ser realizada por agências específicas. Noutras palavras, o mercado passou a admitir maior especialização entre agências que se preocupavam com a criação da tentativa de persuasão e outras que se ocupavam da compra de espaços em periódicos, canais de televisão e emissoras de rádio²⁷¹.

²⁶⁶ HEUN, *Werbung*, p. 16.

²⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial: direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito**, 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 322; Em sentido similar: AFONSO, **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**, p. 47.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Manuel de, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, Lisboa: Actual, 2019, p. 37.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ FLETCHER, **Advertising: A Very Short Introduction**, p. 22; CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 54–72.

²⁷¹ FLETCHER, **Advertising: A Very Short Introduction**, p. 65.

Isto, evidentemente, não afasta e tampouco impede o funcionamento de grandes agências que oferecem seus serviços da concepção da publicidade até sua comunicação, as chamadas agências 360^{o272}.

Ao passo que a competição se torna mais acirrada, não basta que a publicidade tenha sido bem elaborada, é necessário selecionar o meio adequado para sua divulgação pelo menor preço possível²⁷³. Em mídias de massa²⁷⁴, como jornais, televisão e rádio, é possível estimar apenas a quantidade de pessoas que potencialmente têm acesso à informação com base no número de leitores ou ouvintes, sem qualquer garantia de que a mensagem tenha sido efetivamente recebida pelo destinatário.

Com a massiva utilização da Internet, ferramentas como *cookies* passaram a ser utilizadas pelo Netscape em 1994 e no ano seguinte apareceram no Internet Explorer²⁷⁵, permitindo então compreender melhor o comportamento do consumidor.

Dentro deste cenário, cumpre notar que a publicidade se tornou ainda mais eficaz através de um conjunto de evoluções que maximizam o potencial de acompanhamento dos consumidores e da automação dos anúncios: i) imenso poder de computação; ii) baixo custo de armazenamento de dados; iii) aplicação da ciência no marketing; iv) precificação em tempo real de espaços publicitários na Internet; v) globalização do mercado de publicidade; vi) conexão de dados rápida; e vii) personalização²⁷⁶.

Os anunciantes sempre se preocuparam com o retorno das publicidades nos meios de comunicação, de maneira que métricas como a audiência e o seu perfil assumiram um papel importante na escolha dos meios para a realização dos anúncios. Passando ao contexto atual, a utilização de espaços publicitários na Internet sempre foi acompanhada de interesse nas métricas dos sites²⁷⁷ e, principalmente, na quantidade de cliques²⁷⁸.

Se antes havia a aquisição de um espaço publicitário baseado na reputação da mídia escolhida, este cenário passa a mudar em direção à maior quantidade de cliques que cada mídia pode gerar, o que ocasiona grandes mudanças na publicidade.

²⁷² CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 59.

²⁷³ FLETCHER, **Advertising: A Very Short Introduction**, p. 86 e seguintes.

²⁷⁴ Mídia de massa se refere a veículos como jornais, televisão e rádio, os quais apresentam um único conteúdo a uma massa variada de pessoas. THORSON; ROGERS, **Advertising Theory in the Digital Age**, p. 4.

²⁷⁵ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁷⁶ BUSCH, Oliver, **The Programmatic Advertising Principle**, in: BUSCH, Oliver (Org.), **Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time**, Cham: Springer, 2016, p. 6.

²⁷⁷ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁷⁸ AIOLFI, Simone; BELLINI, Silvia; PELLEGRINI, Davide, **Data-driven digital advertising: benefits and risks of online behavioral advertising**, **International Journal of Retail & Distribution Management**, v. 49, n. 7, p. 1089–1110, 2021; TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

Há uma forte tendência de mudança de foco das mídias tradicionais para o ambiente digital, principalmente pela majoração do tempo de exposição à Internet (em 2016, um consumidor norte-americano médio passou 150 horas por mês em ambiente online), sendo que, em 2017, os gastos com publicidade online ultrapassaram os gastos com publicidade televisiva²⁷⁹.

No Brasil, isto pode ser visto nos casos recentes de demissões na Grupo Globo, que teve queda de 33% de audiência no século²⁸⁰, e na Rede Record, que “terceirizou” a produção de suas telenovelas à Igreja Universal²⁸¹ e um prejuízo de meio bilhão de reais em 2022²⁸².

Também os jornais foram afetados, havendo declínio ano após ano das versões impressas e aumento das assinaturas digitais²⁸³. Visando acochambar esta situação calamitosa para os periódicos, o Projeto de Lei das Fake News possui dispositivo referente à remuneração dos jornais²⁸⁴.

De acordo com a OCDE, as formas de publicidade online mais populares são: (i) display digital, colocação de publicidade em sites, aplicativos e plataformas de modo direito ou por meio de redes de publicidade; (ii) publicidade por buscadores (*Search advertising*), na qual são inseridos informes publicitários em meio a resultados de um buscador; e (iii) publicidade por meio de influenciadores digitais (*social media “influencer” advertising*), que se dá quando o produto ou serviço é recomendado por criadores de conteúdo a seus seguidores²⁸⁵.

Na Internet, os criadores de conteúdo (*publishers*) recebem sua renda a partir da venda de espaços publicitários (*banners*) em suas páginas²⁸⁶, o que também pode ocorrer por outros meios como a menção ao produto ou à marca em vídeos, por exemplo.

²⁷⁹ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 10.

²⁸⁰ CASTRO, DANIEL, **Demissões e prejuízo: Globo chega aos 58 anos a caminho do desastre?**, Notícias da TV, disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/demissoes-e-prejuizo-globo-chega-aos-58-anos-a-caminho-do-desastre-101441>>. acesso em: 19 maio 2023.

²⁸¹ CASTRO, DANIEL, **Igreja Universal assume produção de novelas da Record; saiba o que muda**, Notícias da TV, disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/igreja-universal-assume-producao-de-novelas-da-record-saiba-o-que-muda-94452>>. acesso em: 19 maio 2023.

²⁸² NASCIMENTO, Sandro, **Record atinge prejuízo de meio bilhão de reais em 2022**, NaTelinha, disponível em: <<https://natelinha.uol.com.br/colunas/coluna-do-sandro/2023/05/09/record-atinge-prejuizo-de-meio-bilhao-de-reais-em-2022-197096.php>>. acesso em: 19 maio 2023.

²⁸³ YAHYA, Hanna, **Jornais no 1º semestre: impresso cai 7,7% e digital tem alta tímida**, Poder360, disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/jornais-no-1o-semester-impresso-cai-77-e-digital-tem-alta-timida/>>. acesso em: 19 maio 2023.

²⁸⁴ MATOS, Caio, **Veja o que diz o PL das Fake News sobre a remuneração de conteúdos jornalísticos nas redes sociais**, Congresso em Foco, disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/veja-o-que-diz-o-pl-das-fake-news-sobre-a-remuneracao-de-conteudos-jornalisticos-nas-redes-sociais/>>. acesso em: 19 maio 2023.

²⁸⁵ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 5–6.

²⁸⁶ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**; KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 57.

Visando maximizar sua renda, os criadores de conteúdo passam então a analisar mais e mais os visitantes para agregar valor aos espaços publicitários oferecidos²⁸⁷. Isto, contudo, não significa maior qualidade do conteúdo apresentado na mídia, mas apenas um efeito de segmentação de público e maior aderência a suas preferências. VARNALI chega a criticar as pesquisas voltadas apenas à relação entre anunciantes e consumidores, excluindo da análise o papel dos criadores de conteúdo²⁸⁸.

Diante de uma relação não causal entre custo e benefício, os criadores que dispendem grandes somas de dinheiro ou tempo na elaboração de conteúdo mais refinado passaram a entrar em grave crise, pois a venda de anúncios não compensa financeiramente os esforços da elaboração de informações sofisticadas²⁸⁹. A título de exemplo, é possível enviar publicidade ao mesmo grupo alvo através de sites de criadores de conteúdo com reputação inferior e que cobram menos pelo espaço publicitário²⁹⁰.

Ao lado disto, a partir do tratamento dos dados pessoais, as publicidades começaram a ser endereçadas a perfis específicos de consumidores, prática que terminou por se chamar *behavioral targeting*²⁹¹. Com isto, os fornecedores podem então selecionar os consumidores em grupos como alvo (*target*) ou desperdício (*waste*)²⁹² através de direcionamento preditivo²⁹³, pois o aprendizado de máquina (*machine learning*) pode ser utilizado para estimar a probabilidade de sucesso de uma dada publicidade²⁹⁴.

Contudo, os consumidores possuem um nível relativamente alto de insatisfação com a publicidade online por conta de fatores como a interferência em suas atividades no ambiente digital, segurança de seus aparelhos móveis e preocupações com privacidade²⁹⁵.

A análise dos comportamentos ultrapassa o âmbito da Internet em sentido estrito, havendo métodos para que os consumidores sejam analisados fora do ambiente eletrônico tais

²⁸⁷ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁸⁸ VARNALI, Kaan, Online behavioral advertising: An integrative review, **Journal of Marketing Communications**, 2019.

²⁸⁹ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**; WÜRTENBERGER, Peter; MÜNSTERMANN, Holm, Programmatic Disruption for Premium Publishers, *in*: BUSCH, Oliver (Org.), **Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time**, Cham: Springer, 2016, p. 27.

²⁹⁰ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁹¹ *Ibid.*; KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 57.

²⁹² TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**.

²⁹³ GROTH, Arndt; ZAWADZIKI, Viktor, Granularity Creates Added Value for Every Objective, *in*: BUSCH, Oliver (Org.), **Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time**, Cham: Springer, 2016, p. 91.

²⁹⁴ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 13.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

como o acompanhamento geográfico por telefone celular ou a utilização de cupons de desconto²⁹⁶.

Além disto, hoje se diz que vivemos no mundo VUCA (*volatility, uncertainty, complexity e ambiguity*), ou seja, um ambiente de extrema volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade²⁹⁷. Assim, qualquer medida preditiva suficientemente segura gera grande interesse dos empresários, dado que o próprio mercado se encontra em constante mutação, assim como os próprios consumidores.

Em resumo: i) os anunciantes inicialmente estavam atrelados às agências de publicidade e à mídia de massa; ii) não é possível identificar precisamente as métricas da publicidade na mídia de massa; iii) com o surgimento da internet, foi possível avaliar de modo mais preciso as métricas de *sites* e segmentar o público-alvo; iv) ao mesmo passo, os criadores de conteúdo mais refinado perdem competitividade frente a criadores de conteúdo com o mesmo público-alvo, mas sem tanto esmero (custo) na criação de seu conteúdo; e v) a despeito da publicidade digital ser manifestamente mais eficiente para o anunciante, ela causa certos desconfortos aos potenciais consumidores.

1.1. Persuasão e publicidade.

Verificado de modo breve as alterações observadas na publicidade, cumpre agora analisar qual a relação entre a persuasão e a publicidade. Não se adentrará, no momento, quanto à apreciação jurídica do que deve ou não ser considerado abusivo ou enganoso, mas como a teoria da publicidade encara a persuasão.

A importância da mensagem publicitária, especialmente após o advento da Internet, ocorre porque, embora seja possível um alcance maior de consumidores, as aquisições sofrem um padrão decrescente, ou seja, quanto maior a *quantidade* de pessoas que interagem com um site ou uma publicidade, menor será o *percentual* de compras realizadas a menos que o fator persuasivo entre em jogo²⁹⁸.

Isto significa que, *ceteris paribus* (tudo mais constante), uma maior exposição do produto ou serviço leva conseqüentemente a um aumento de quantidade vendida, porém, este aumento possui rendimentos marginais decrescentes. Aí entra a importância da persuasão como aliada da exposição do produto ou serviço ofertado.

²⁹⁶ TUROW, **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth.**

²⁹⁷ OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 26.

²⁹⁸ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 37.

No que diz respeito à mensagem publicitária, trata-se de uma tentativa de persuasão ou informação ao destinatário da mensagem. Como pontuam PETTY e CACIOPPO, a expressão *persuasão* pode ser utilizada para “qualquer esforço para modificar as avaliações de um indivíduo a respeito de pessoas, objetos ou assuntos através da apresentação de uma mensagem” (tradução livre)²⁹⁹, oportuno pontuar que, em sua definição, PERLOFF acrescenta “em uma atmosfera de livre escolha (*free choice*)” (tradução livre)³⁰⁰. O objetivo da persuasão é saber o que o consumidor sabe ou como ele age e atuar estrategicamente a partir destas informações³⁰¹.

Ainda em outra definição, a persuasão é: “esforço intencional bem-sucedido de influenciar o estado mental de outra pessoa através de comunicação em uma circunstância na qual o persuadido possua alguma medida de liberdade” (tradução livre)³⁰².

A mensagem publicitária está condicionada a três elementos principais, sendo eles: i) a estrutura da mensagem; ii) o conteúdo da mensagem; e iii) a linguagem utilizada na mensagem³⁰³.

Estes elementos podem ser razoavelmente controlados pelo agente que busca a persuasão caso possua tempo para organizar a mensagem, apresentar um conteúdo adequado ao público-alvo e se comunicar da maneira mais eficaz possível.

Ainda que haja este terreno mais confortável ao agente, a tentativa de persuasão assume um papel extremamente delicado, como vimos, as principais teorias sobre tomada de decisão envolvem inúmeros fatores que não são necessariamente previsíveis, tais como questões emocionais, desinteresse e até mesmo atitudes impensadas.

Assim, de acordo com CHEVALIER e SELHI, o próprio discurso publicitário passou por grandes mudanças, principiando pela informação do nome do produto, passando a suas características, as suas vantagens e, finalmente, no período contemporâneo, uma aproximação entre produto e consumidor³⁰⁴.

AFONSO pontua que nos tempos atuais há preocupação não apenas com a informação sobre novos produtos, “mas também com a sua marca e a sua história, traduzindo qualidade diferenciada e, especialmente, confiabilidade”³⁰⁵.

²⁹⁹ PETTY; CACIOPPO, **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, p. 23.

³⁰⁰ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 12.

³⁰¹ HAM, Chang-Dae; NELSON, Michelle R., The Reflexive Persuasion Game: The Persuasive Knowledge Model, *in*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.), **Advertising Theory**, 2. ed. Nova York: Routledge, 2019, p. 124.

³⁰² O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 27.

³⁰³ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 184.

³⁰⁴ CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 13–14.

³⁰⁵ AFONSO, **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**, p. 39.

À luz de tais fatores, visando incrementar a persuasão, estudos sobre a Psicologia da publicidade tiveram início nos primeiros anos do século XX e persistem até hoje sem, contudo, localizar princípios *absolutos* que possam garantir o sucesso de uma campanha publicitária³⁰⁶.

1.1.1. Persuasão e Psicologia: a influência de Cialdini

Dentro dos aportes da Psicologia à teoria da persuasão, destaca-se com frequência a obra *Influence* de CIALDINI³⁰⁷, não sendo difícil identificar os fatores que tornaram a obra tão bem-sucedida nas discussões sobre persuasão.

Evidentemente, a persuasão passa por um largo histórico de obras a seu respeito, podendo serem citadas a imortal *Retórica* de ARISTÓTELES³⁰⁸, obras bélicas como *A arte de ter razão* de SCHOPENHAUER³⁰⁹ e clássicos recentes como *How to Win Friends and Influence People* de CARNEGIE³¹⁰.

Dentro de tantas obras e perspectivas, inclusive com uma concorrência de peso, chegaria a ser curioso o sucesso do trabalho de CIALDINI se não fossem algumas qualidades especiais que a obra carrega, tais como: a) a escrita é simples e fácil inteligência; b) os princípios da persuasão são amparados por pesquisas empíricas e não apenas pela vivência do autor; e c) trata-se de uma obra que, conjugando os elementos a) e b) tornou popular o acesso a pesquisas acadêmicas que exigiriam muito conhecimento do leitor.

CIALDINI inicia o livro rememorando a velocidade da vida cotidiana e fazendo remissão a modelos de sistemas duais como os vistos na primeira parte desta Tese. Com base neste arcabouço teórico, passa então a apresentar uma lista de seis princípios da persuasão³¹¹.

Como aponta KAPTEIN, os princípios da persuasão se “referem a informação sobre um produto ou serviço que não é uma propriedade direta do produto ou serviço em si mesmo” (tradução livre)³¹². Isto significa que, embora possam ser utilizados para convencer alguém a adquirir um produto ou serviço, os princípios da persuasão não são argumentos diretamente relacionados às qualidades do objeto da prestação contratual, mas estratégias voltadas exclusivamente a obter uma certa resposta do interlocutor.

Feitas estas considerações, vejamos os princípios da persuasão:

³⁰⁶ FLETCHER, *Advertising: A Very Short Introduction*, p. 97; HEUN, *Werbung*, p. 8.

³⁰⁷ CIALDINI, *Influence: Science and Practice*.

³⁰⁸ ARISTÓTELES, *Retórica*, São Paulo: Edipro, 2017.

³⁰⁹ SCHOPENHAUER, Arthur, *A arte de ter razão: 38 estratégias*, Petrópolis: Vozes, 2017.

³¹⁰ CARNEGIE, *How to Win Friends and Influence People*.

³¹¹ CIALDINI, *Influence: Science and Practice*.

³¹² KAPTEIN, *Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick*, p. 14.

- a) Reciprocidade: Os seres humanos tendem a possuir a inclinação natural de retribuir os favores recebidos, de maneira que estratégias de persuasão baseadas em oferecimento de vantagens e pedidos de retribuição têm um apelo forte junto ao indivíduo³¹³;
- b) Compromisso e Consistência: Uma vez que um dado indivíduo toma uma decisão, tende a se manter fiel à decisão tomada inicialmente. Assim, o princípio do compromisso e da consistência (trata-se de um único princípio), indica que a estratégia de levar o indivíduo a se comprometer com posicionamentos pode levá-lo a uma situação na qual seja obrigado internamente a concordar com posicionamentos que talvez não teria originariamente se não estivesse obrigado por suas próprias afirmações anteriores. Na visão de CIALDINI, este princípio possui ainda mais poder à medida em que os indivíduos envelhecem³¹⁴;
- c) Prova social: Os indivíduos, especialmente quando não há um ambiente de certeza, tendem a seguir o comportamento de seus pares na tomada de decisão. Desta maneira, estratégias de persuasão baseadas no comportamento de outros indivíduos podem ser bem-sucedidas simplesmente por conta do fato de que outros agentes (em quantidade considerável) tomaram previamente uma dada escolha³¹⁵;
- d) Gosto/Semelhança (*Liking*): Os indivíduos tendem a concordar com pessoas de quem gostam (incluindo-se aqui aparência física) ou que se assemelhem a eles, ainda que não haja qualquer motivo razoável para a tomada de decisão. Assim, estratégias persuasivas baseadas em *seduzir* o indivíduo para que goste do persuasor tendem a ser mais efetivas³¹⁶;
- e) Autoridade: O princípio da autoridade indica que pessoas que detêm cargos ou posições sociais de respeito podem persuadir indivíduos pura e simplesmente por conta destes elementos. Deste modo, uma tentativa de persuasão formulada por alguém que possui (ou aparente possuir) autoridade sobre dada matéria terá maior probabilidade de sucesso

³¹³ CIALDINI, **Influence: Science and Practice**, p. 21–56.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 57–106.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 107–154.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 155–192.

do que uma tentativa formulada por uma pessoa sem expertise no assunto, ainda que os argumentos sejam os mesmos³¹⁷; e

- f) Escassez: A disponibilidade de um dado produto ou serviço tende a ser vista como uma função de seu valor. Noutras palavras, quanto mais raro, mais difícil, menos disponível, maior parecerá o valor aos olhos do indivíduo. Desta maneira, podemos ser persuadidos simplesmente porque um dado produto ou serviço é escasso, a despeito de suas propriedades³¹⁸.

Além dos princípios acima apresentados, CIALDINI também se refere ao que denomina influência instantânea, que basicamente ocorre devido à velocidade da vida cotidiana. Assim, podemos ser persuadidos com base em argumentos que, frente a uma análise mais detida, poderiam ser tomados como fracos. Deste modo, em dados contextos, uma estratégia persuasiva baseada em apenas uma parte da informação disponível pode influenciar o indivíduo³¹⁹;

O trabalho de CIALDINI será revisitado porque sua correlação com os *Big Five* é objeto de amplos estudos visando selecionar a melhor estratégia persuasiva à luz de um dado traço de personalidade mais proeminente³²⁰.

1.1.2. Persuasão e manipulação

Note-se que pesquisas comportamentais são utilizadas em todos os campos, de sociedades empresárias que visam o lucro a organizações de caridade que buscam doações³²¹.

Oportuno notar que há uma distinção substancial entre persuasão e manipulação. SUNSTEIN coloca a manipulação como um gênero (*master concept*) que incluiria a mentira e enganação. Esta construção, porém, deixa de ser utilizada para trabalhar com o emprego de conceitos mais próximos do uso coloquial de tais expressões. Neste traçado, a manipulação não seria qualquer tentativa de persuasão, mas aquela que de modo insuficiente se relaciona com a “capacidade para reflexão e deliberação” (tradução livre) do destinatário da mensagem³²².

Neste contexto, a manipulação pode violar a autonomia e a dignidade dos indivíduos, tratando-se de um problema maior quando o manipulador busca seus interesses pessoais e

³¹⁷ *Ibid.*, p. 193–220.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 231–262.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 221–230.

³²⁰ KAPTEIN, *Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick*, p. 117–133.

³²¹ SUNSTEIN, *The ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*, p. 1.

³²² *Ibid.*, p. 80–82.

consegue ultrapassar a capacidade deliberativa do destinatário³²³ ou ainda não depender da qualidade dos argumentos utilizados³²⁴.

Por sua vez, PERLOFF sustenta que a manipulação é uma técnica de persuasão “que ocorre quando um comunicador disfarça seus objetivos persuasivos esperando enganar o receptor entregando uma mensagem que escamoteia sua verdadeira intenção” (tradução livre)³²⁵.

Em sentido similar, SMIDS rememora a necessidade de cuidados com a coerção e manipulação (inclusive por meios subliminares) através de tecnologias persuasivas. Desta maneira, apenas através de elemento conscientemente voluntário o sujeito deve ser objeto de mudanças comportamentais ou de atitudes³²⁶.

Uma das diferenças entre a manipulação e outras formas de desvios como exploração e coerção se dá porque o objeto da manipulação não percebe que sua liberdade de escolha está sendo prejudicada por influência do manipulador³²⁷. Como pontua WOOD, o agente manipulador evita ou subverte o processo de decisão racional da vítima³²⁸.

Contudo, isto não é pacífico, havendo quem entenda que a coerção pode se dar através da “limitação deliberada das opções das pessoas por fazê-las se sentir ou comportar de um certo modo” (tradução livre) sem a utilização de violência física³²⁹.

Também no campo do neuromarketing há preocupações com a manipulação, especialmente em virtude da possibilidade de localização de um “botão de compra” (*buy button*), no cérebro humano³³⁰, contudo, como vimos, o processo de tomada de decisão não é tão simples³³¹.

Assim, a manipulação não é admitida dentro do contexto publicitário, limitado às formas lícitas de persuasão que deixam claros seus objetivos e conteúdo, conforme teremos a

³²³ *Ibid.*, p. 86.

³²⁴ BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

³²⁵ PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 24.

³²⁶ SMIDS, Jilles, The Voluntariness of Persuasive Technology, *in*: BANG, Magnus; RAGNEMALM, Eva L. (Orgs.), **PERSUASIVE 2012**, Heidelberg: Springer, 2012, p. 123–132.

³²⁷ WOOD, Allen W., Coercion, Manipulation, Exploitation, *in*: COONS, Christian; WEBER, Michael (Orgs.), **Manipulation: theory and practice**, New York: Oxford University Press, 2014, p. 31.

³²⁸ *Ibid.*, p. 35.

³²⁹ BAKIR, Vian, Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica’s Psychographic Profiling and Targeting, **Frontiers in Communication**, v. 5, p. 1–16, 2020.

³³⁰ DAUGHERTY, Terry; HOFFMAN, Ernest, Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research, *in*: THOMAS, Andrew R. *et al* (Orgs.), **Ethics and Neuromarketing**, Cham: Springer, 2017, p. 24.

³³¹ LUNGU, Nansi, The Limits and the Ethics of Consumer Profiling, *in*: THOMAS, Andrew R. *et al* (Orgs.), **Ethics and Neuromarketing**, Cham: Springer, 2017, p. 160.

oportunidade de notar na Parte III deste trabalho. Isto, evidentemente, é o raciocínio teórico, não uma descrição do mundo.

No caso desta Tese, há necessidade de um recorte específico em relação à manipulação à luz do que entendemos como tecnologias persuasivas que podem trazer malefícios aos indivíduos. Sustentou-se no item 7 da introdução que as principais ameaças aos indivíduos se encontram na utilização de desvios sistemáticos de racionalidade ou na exploração de princípios da persuasão aliados a fatores de personalidade. Estes pontos serão revisitados ainda no item 2 desta Parte II da Tese.

Diante deste cenário, a manipulação não será considerada como qualquer tentativa de persuasão por meios sub-reptícios, mas, especificamente, quando se aproveita das tecnologias persuasivas acima destacadas para se aproveitar das vulnerabilidades do indivíduo.

À luz de tais considerações, para os efeitos desta Tese, entendemos a manipulação baseada em tecnologias persuasivas como a utilização de artifícios que se aproveitam de desvios sistemáticos de racionalidade ou de traços de personalidade sem que haja comunicação de sua utilização ao destinatário da mensagem ou, mesmo que comunicado, não possa fazer frente aos artifícios utilizados.

1.1.3. Estrutura, conteúdo, linguagem e modos de apresentação da mensagem publicitária

Verificados os aportes da Psicologia nas técnicas de persuasão e sua diferenciação da manipulação, passamos agora a analisar a estrutura, conteúdo, linguagem e modos de apresentação da mensagem publicitária. Basicamente, a publicidade pode ser dividida em: (i) argumentativa, que se baseia na transmissão de informações sobre um produto de maneira lógica; e (ii) narrativa, que conta uma história envolvendo o produto³³².

De acordo com estudos oriundos da Psicologia, a publicidade narrativa seria superior por *fisgar* (*hook*) o consumidor e transportá-lo, causando redução do pensamento crítico e maior impacto favorável³³³. Contudo, para que a publicidade narrativa possa atuar com todo seu potencial, é necessário que exista capacidade cognitiva por parte do consumidor e um ambiente adequado para a sua apresentação. A título de exemplo, o impacto da publicidade narrativa após

³³² CHANG, Chingching, “Being Hooked” by Editorial Content: The Implications for Processing Narrative Advertising, *Journal of Advertising*, v. 38, n. 1, p. 21–33, 2009; ZHENG, Lu; PHELPS, Joseph E; PIMENTEL, Daniel, Psychological Transportation in Narrative Advertising, *in*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.), *Advertising Theory*, 2. ed. Nova York: Routledge, 2019; CHANG, Chingching, Narrative Advertisements and Narrative Processing, *in*: *Advertising Theory*, 2. ed. Nova York: Routledge, 2019, p. 288.

³³³ CHANG, “Being Hooked” by Editorial Content: The Implications for Processing Narrative Advertising.

um artigo de cunho narrativo em uma revista é inferior ao que seria caso o artigo da revista fosse baseado em argumentos³³⁴. O que pode levar a conflitos e alterações de cunho editorial por conta dos interesses dos anunciantes.

A publicidade narrativa possui uma característica denominada transporte (*transportation*), referente ao sentimento de perda ou imersão na narrativa, que pode produzir efeitos persuasivos extremamente poderosos em algumas pessoas³³⁵. Os indivíduos mais propensos a experimentar o transporte são aqueles que possuem necessidade de grandes quantidades de afeto e aqueles que possuem maior tendência a experimentar emoções³³⁶.

Além dos modelos de persuasão focados estritamente na forma de apresentação do conteúdo, a teoria da publicidade também discute as configurações que o meio (a mídia) pode adotar. Um dos modelos que tratam desta estrutura a ser adotada na transmissão da mensagem é o MAIN, cujo acrônimo se refere a modalidade, agência, interatividade e navegabilidade (*modality, agency, interactivity e navegability*)³³⁷.

Assim, a modalidade diz respeito à forma com que a informação é apresentada, a agência trata da possibilidade de o meio possibilitar que os usuários sejam fontes de conteúdo, a interatividade diz respeito à possibilidade dos usuários interagirem com a interface e, por fim, a navegabilidade trata do deslocamento do usuário dentro do ambiente mediado³³⁸.

O estudo do meio de transmissão das mensagens revela que a forma de apresentação da mensagem (modalidade) pode ter influência na tentativa de persuasão, visto que instrumentos como *pop-ups* podem gerar respostas negativas³³⁹.

Um destes pontos também deve ser salientado, certas formas de apresentação da mensagem são mais acessíveis e menos exigentes em termos cognitivos. Isto ocorre, por exemplo, na televisão, que não necessita de alfabetização ou de grande concentração³⁴⁰.

Além disto, pesquisas indicam que a utilização de imagens agradáveis junto a anúncios de marcas podem permanecer na memória dos consumidores por períodos razoáveis (o teste encontrou resultados satisfatórios três semanas após a exposição à publicidade)³⁴¹, assim como embalagens mais atrativas³⁴².

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ ZHENG; PHELPS; PIMENTEL, Psychological Transportation in Narrative Advertising, p. 57.

³³⁶ *Ibid.*, p. 62.

³³⁷ SUNDAR; XU; DOU, The Role of Technology in Online Persuasion: A MAIN Model Perspective.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*, p. 72–76.

³⁴⁰ CHAUDHURI, *Emotion and Reason in Consumer Behavior*, p. 62.

³⁴¹ GROSSMAN, Randi Prilluck; TILL, Brian D., The Persistence of Classically Conditioned Brand Attitudes, *Journal of Advertising*, v. 27, n. 1, p. 23–31, 1998.

³⁴² DAUGHERTY; HOFFMAN, Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research, p. 17.

As pesquisas também se preocupam com o destinatário da tentativa de persuasão, assim cresceu a atenção ao chamado neuromarketing, chamado ainda de “filho pródigo da neurociência” (tradução livre)³⁴³, por conta da apropriação da literatura da Neurociência pelo marketing³⁴⁴.

Dentro do neuromarketing, uma área mais específica é dedicada ao chamado neurodesing, voltada especificamente a buscar otimizar as imagens a fim de ampliar as chances de sucesso do agente que pratica uma dada tentativa de persuasão³⁴⁵.

Estas pesquisas buscam aumentar a eficiência de uma dada mensagem através da análise de diversas atividades do consumidor, tais como o movimento dos olhos ao observar uma dada página na internet³⁴⁶.

Isto é importante porque a localização das ofertas, do comportamento de outros consumidores e de suas opiniões pode ser mais bem percebida em dadas localizações. Desta maneira, o estudo de como o indivíduo analisa uma tela de computador ou um *smartphone* produz resultados do interesse do fornecedor, por exemplo.

Isto ganha importância em um mundo no qual os consumidores deixam de se atentar a uma dada página na internet ou aplicação simplesmente porque seus padrões não estão adequados às expectativas do usuário³⁴⁷.

Além do local em que as informações devem ser inseridas, algumas teorias chegam a apontar que uma das formas possíveis de divisão do cérebro humano entre reptiliano, límbico e córtex (responsáveis pelos instintos, emoções e pensamento racional, respectivamente). Desta maneira, a mensagem publicitária, para ter maiores resultados, deve estar voltada ao prazer, alcançando os cérebros reptiliano e/ou límbico³⁴⁸. Esta teoria também é chamada de cérebro triuno (*triune brain*)³⁴⁹.

Na verdade, contudo, não há partes específicas do cérebro que atuem como centro de determinadas funções mentais como um “centro de motivação”³⁵⁰, por exemplo. GREENFIELD rememora que, entre outros argumentos: i) não há sentido de que exista diversos “minicérebros”; ii) há argumentos favoráveis à existência de consciência em recém-nascidos

³⁴³ LUNGU, The Limits and the Ethics of Consumer Profiling, p. 157.

³⁴⁴ DAUGHERTY; HOFFMAN, Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research, p. 5.

³⁴⁵ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability.**

³⁴⁶ DAUGHERTY; HOFFMAN, Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research, p. 12.

³⁴⁷ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability.**

³⁴⁸ CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 86.

³⁴⁹ CHAUDHURI, **Emotion and Reason in Consumer Behavior**, p. 9.

³⁵⁰ GARRETT; HOUGH, **Brain & Behavior.**

com anencefalia e hidrocefalia, ainda que grandes partes do cérebro estejam ausentes; e iii) a consciência existe pela relação de diversas áreas do cérebro e não de áreas isoladas³⁵¹.

BLACKMORE aduz que o cérebro é uma intrincada rede de conexões neurais, não possuindo um centro decisório que possa simplesmente assumir todas as tarefas ou recebê-las como um processador central³⁵².

Além disto, aparentemente, não há regiões específicas do cérebro relacionadas a dadas emoções³⁵³, tratando-se de um sistema mais complexo do que uma simples organização de peças de *hardware* nas quais se sabe quais as funções desempenhadas por cada elemento.

Em todo caso, CHEVALIER e SELHI mencionam seis dicas das Neurociências, quais sejam: i) jogar com as emoções; ii) utilizar material visual; iii) deixar em evidência o eixo emocional; iv) ser concreto; v) ser direto; e vi) dirigir-se ao consumidor³⁵⁴.

Estas considerações não destoam da revisão de literatura elaborada por HEUN, que pontua: i) a eficácia da publicidade pode se dar inconscientemente; ii) os consumidores têm dificuldades em articular suas preferências; iii) a publicidade só pode ganhar importância se tiver sentido na vida do público-alvo (*Werbezielgruppen*); iv) a comunicação não verbal possui papel importante na publicidade; e v) publicidades e marcas podem despertar emoções³⁵⁵.

Nota-se, portanto, que: i) a persuasão assume um papel importante na estrutura da mensagem publicitária; ii) ela não é apenas o objetivo a ser alcançado, mas, efetivamente, uma condicionante da forma e do conteúdo da publicidade; e iii) há uma tentativa de apropriação da Neurociência por parte do marketing e da publicidade a fim de incrementar seus resultados. Entretanto, alguns destes estudos variam de qualidade em algumas ocasiões, havendo simplificações que destoam da opinião de especialistas na área da Neurociência.

1.2. Plataformas, perfilização e sentimentos na publicidade e na propaganda

Um cuidado maior deve ser dado à publicidade quando baseada em perfis comportamentais e sentimentos por parte dos receptores da mensagem. Em que pese haja grande quantidade de estudos a tratar do tema no que diz respeito às relações de consumo, acrescentaremos aqui exemplos mais extremos relacionados especialmente às disputas eleitorais.

³⁵¹ GREENFIELD, *A Day in the Life of the Brain*.

³⁵² BLACKMORE, *Consciousness: A very short introduction*, p. 18.

³⁵³ KANDEL *et al*, *Principles of Neural Science*, p. 1060.

³⁵⁴ CHEVALIER; SELHI, *Communication et Publicité*, p. 87.

³⁵⁵ HEUN, *Werbung*, p. 128.

Em primeiro lugar, analisaremos o surgimento das plataformas e seu papel central na publicidade contemporânea, como a perfilização publicitária foi absorvida no contexto da disputa política e, por fim, como os sentimentos afetam a tomada de decisão do indivíduo.

1.2.1. Plataformas como pontos centrais para a publicidade e circulação da expressão.

Dentro da visão tradicional, plataformas conectam usuários em diversas situações³⁵⁶. Assim, redes sociais como o Facebook, Instagram, YouTube e Twitter permitem que indivíduos produzam e consumam conteúdos postados por outros usuários, tornando-se *prosumers*³⁵⁷. Na visão de HILDEBRANDT, este fornecimento de serviços “gratuitos” aos usuários em troca de seus dados pessoais seria um preço muito alto a se pagar³⁵⁸.

Ao mesmo passo, as plataformas também podem ser utilizadas na intermediação de atividades econômicas, conectando ofertantes e demandantes de serviços e produtos mais variados (Ifood, Über, Rappi etc.). Igualmente, tais plataformas adquirem papel essencial na vida das pessoas, especialmente de seus *parceiros*, os quais possuem evidente dependência econômica das plataformas.

No ano de 2008, FOGG discutiu o que, para ele, seria o maior avanço em persuasão desde a invenção do rádio. Este avanço, que denominou persuasão interpessoal de massa (*mass interpersonal persuasion*), conteria características jamais vistas em conjunto até o momento, a saber: i) experiência persuasiva; ii) estrutura automatizada; iii) distribuição rápida; iv) ciclo rápido; v) gigantesco gráfico social (*huge social graph*); e vi) impacto mensurável. De acordo com FOGG, estes elementos somente apareceram em conjunto com o advento do Facebook e desafiam a mídia de massas, visto que se tornou possível alcançar diversas pessoas e medir o impacto da mensagem persuasiva diretamente, o que não pode ser feito adequadamente, como visto, na mídia de massa³⁵⁹.

Ao mesmo passo, o mercado digital é extremamente concentrado³⁶⁰, possibilitando que os benefícios aos usuários sejam capturados pelas plataformas gerando: (i) exposição por conta de seu caráter invasivo e que permite a criação de perfis dos usuários; e (ii) manipulação por

³⁵⁶ MARSDEN, Chris, Prosumer Law and Network Platform Regulation: The Long View Towards Creating OffData, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 376–398, 2018; HAN, **In The Swarm**, p. 15–16.

³⁵⁷ MARSDEN, Prosumer Law and Network Platform Regulation: The Long View Towards Creating OffData.

³⁵⁸ HILDEBRANDT, Mirelle, Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 252–273, 2018.

³⁵⁹ FOGG, B. J., Mass Interpersonal Persuasion: An Early View of a New Phenomenon, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2008**, Cham: Springer, 2008, p. 23–34.

³⁶⁰ HINDMAN, Matthew, **The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy**, Princeton: Princeton University Press, 2018.

meio de utilização de conteúdos e contas falsos, além de publicidade direcionada (*targeted advertising*)³⁶¹.

Evidentemente, as plataformas como o Facebook passaram a adquirir extrema concentração das verbas publicitárias, pois se tornou possível mapear e selecionar perfis de consumidores. A mesma situação ocorre com o buscador Google, oferece serviço de anúncios em seu buscador (*Google Ads*), sendo possível selecionar perfis com base em faixa etária, renda e localização geográfica, por exemplo³⁶².

Os usuários destas plataformas, evidentemente, devem se sentir confortáveis ao adentrar nestes espaços e, ainda que a experiência seja personalizada, não poderá ser manifestamente invasiva. Assim, as plataformas buscam utilizar o discurso de neutralidade como escudo face às acusações de poder de manipular o mercado e o destino político de países.

Em suma, o discurso reinante nas plataformas é o de que há neutralidade e apoliticidade em sua relação com os conteúdos postados pelos usuários³⁶³. Este posicionamento é desafiado por CHANDER e KRISHNAMURTHY, que arremetem oito motivos pelos quais as plataformas não seriam neutras: (i) elas alteram a estrutura de comunicação, removendo a editorialização do conteúdo antes que seja veiculado; (ii) dão voz aos extremos (*fringes*) e os algoritmos são estruturados para aumentar o tempo que os usuários passam nas redes, focando em conteúdos sensacionalistas; (iii) os algoritmos perpetuam vieses da sociedade; (iv) as plataformas muitas vezes se posicionam a respeito de certos conteúdos, banindo o discurso de ódio, por exemplo; (v) as plataformas se utilizam de moderadores de conteúdo em virtude de críticas de anunciantes por suas publicidades estarem ao lado de mensagens polêmicas; (vi) as plataformas estão reconhecendo a possibilidade de repercussões políticas de seus serviços e como eles podem propiciar censura e perseguição; (vii) os técnicos passaram a se preocupar com o caráter políticos das tecnologias por eles desenvolvidas; e (viii) as plataformas promovem visões substantivas (*substantive visions*), como os *doodles* da Google em determinadas datas do ano³⁶⁴. Como consequência disto, as plataformas não apenas não são neutras, mas também não podem sê-lo³⁶⁵.

³⁶¹ HILDEBRANDT, Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms.

³⁶² SILVA, **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**, p. 74; IDEA, **Digital Microtargeting: Political Party Innovation Primer 1**, Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2018, p. 15.

³⁶³ CHANDER, Anupam; KRISHNAMURTHY, Vivek, The Myth of Platform Neutrality, **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 400–416, 2018.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

Esta questão esbarra em amplos aspectos regulatórios. No sistema norte-americano, as plataformas são regidas pelo §230 da *Communications Decency Act* (CDA), que remove das plataformas a responsabilidade pelos conteúdos postados pelos usuários³⁶⁶. KLONICK sustenta que, a despeito desta imunidade conferida às plataformas, a censura de conteúdo existe em virtude de interesses econômicos a fim de criar um ambiente hospitaleiro aos usuários³⁶⁷.

Na primeira década dos anos 2000, o Facebook utilizava uma regra de moderação de conteúdo focada em permitir manifestações contrárias a países, religiões ou líderes, mas remover ataques a grupos (p. ex. pessoas de um dado país ou confissão religiosa)³⁶⁸. Estes padrões têm sido cada vez mais desafiados, como no caso da suspensão da conta do então Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, no Twitter³⁶⁹ e no Facebook³⁷⁰, por conta da invasão do Congresso norte-americano.

O processo de decisão de permitir ou não uma dada postagem pode se dar por moderação *ex ante*, realizada geralmente por algoritmos, *ex post*, na qual a plataforma pode atuar de maneira reativa (diante da sinalização de um usuário) ou proativa (sem a necessidade de manifestação dos usuários da plataforma)³⁷¹.

Além desta ausência de neutralidade, que nos parece justificável em dadas situações, as plataformas possuem o poder de *gatekeeper*, são elas quem escolhem os fornecedores que podem ou não anunciar seus produtos em suas plataformas, o que lhes permite “extorquir e extrair as melhores condições” (tradução livre), sendo que este poder é aumentado por conta dos benefícios de rede e barreiras de entrada³⁷².

Ou seja, buscadores, redes sociais e provedores de internet podem interferir na informação divulgada através de censura de conteúdo, manipulação do *feed* ou do resultado da pesquisa efetuada³⁷³:

³⁶⁶ O modelo brasileiro também não responsabiliza imediatamente a plataforma pelos conteúdos postados pelos usuários, mas apenas na hipótese de não cumprimento de ordem judicial para indisponibilização do conteúdo ou, tratando-se de “divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” após simples notificação, caso em que responderá subsidiariamente. Cf. Arts. 18 a 21 do Marco Civil da Internet.

³⁶⁷ KLONICK, Kate, *THE NEW GOVERNORS: THE PEOPLE, RULES AND PROCESSES GOVERNING ONLINE SPEECH*, *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598–1670, 2018.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ BBC NEWS BRASIL, *Twitter suspende permanentemente conta de Trump*, *BBC News Brasil*.

³⁷⁰ CULLIFORD, Elizabeth, *Facebook suspende conta de Trump até 2023*, CNN Brasil, disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/facebook-suspende-conta-de-trump-ate-2023/>>. acesso em: 3 mar. 2022.

³⁷¹ KLONICK, *THE NEW GOVERNORS: THE PEOPLE, RULES AND PROCESSES GOVERNING ONLINE SPEECH*.

³⁷² KHAN, Lina M., *Sources of Tech Platform Power*, *Georgetown Law Technology Review*, v. 2, n. 2, p. 325–334, 2018.

³⁷³ GALINDO, Fernando; MARCO, Javier Garcia, *Freedom and the Internet: empowering citizens and addressing the transparency gap in search engines*, *European Journal of Law and Technology*, v. 8, n. 2, p. 1–18, 2017.

Os feeds não são um mero amontoado de todas as postagens mais recentes, mas uma seleção cuidadosa delas. Mesmo que duas pessoas curtam as mesmas páginas e tenham os mesmos amigos, seus feeds dificilmente serão iguais: o Facebook faz uma verdadeira curadoria de quais conteúdos aparecem para cada um de seus usuários. Essa curadoria de conteúdo é feita por meio de um mecanismo que no jargão técnico é chamado de algoritmo. Ele faz com que algumas postagens sejam apresentadas aos usuários segundo uma série de critérios.³⁷⁴

Além disto, o *feed* possui uma natureza peculiar ao misturar os âmbitos público e privado sem qualquer barreira, de modo que as discussões mais comezinhas podem ser intercaladas pelos grandes debates públicos³⁷⁵. Da mesma forma, ao ser alocado em uma “bolha” ou “câmara de eco”³⁷⁶, o usuário não se insere dentro deste microcosmo voluntariamente, pelo contrário, raramente percebe sua inserção³⁷⁷.

Entretanto, ainda que estejamos dentro de uma bolha, há estudos a indicar que continuamos a apreciar os conteúdos *curtidos* por nossos *amigos*, ainda que não saibamos que isto veio a aparecer em nosso *feed* por sua influência. Isto decorre de um fator chamado de homofilia³⁷⁸, ou seja, entramos em uma bolha não apenas porque fomos lá inseridos pelas plataformas, mas também porque temos especial gosto pelo que aparece em nossa bolha.

Como pontua FRAZÃO: “Além da privacidade, há outros desdobramentos da personalidade que são postos em risco pela economia movida a dados, tais como a própria individualidade, a autonomia e a própria democracia”³⁷⁹.

Algumas das propostas para reduzir o poder das plataformas estão relacionadas à neutralidade dos buscadores (vedando-se a colocação de sites menos acessados à frente dos mais acessados) e a limitação de áreas de atuação das plataformas (a Amazon, por exemplo, não poderia oferecer *marketplace* e nele concorrer ao mesmo tempo)³⁸⁰.

Em resumo: i) as plataformas têm papel central nas atividades de comunicação dos usuários e econômicas; ii) embora haja o discurso de neutralidade, há argumentos consistentes a indicar que isto não é uma regra absoluta; iii) o indivíduo que participa de uma dada plataforma pode se ver inserido em um ambiente de reforço de suas crenças sem sua própria percepção; e iv) ainda que não perceba que se encontra em uma bolha, o indivíduo tende a gostar dos conteúdos postados neste ambiente, pois refletem seus próprios gostos pessoais.

³⁷⁴ SORJ, Bernardo *et al.*, **Sobrevivendo nas Redes - Guia do Cidadão**, [s.l.: s.n.], 2018, p. 22.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 11.

³⁷⁶ SUNSTEIN, **Choosing not to choose: Understanding the Value of Choice**, p. 163.

³⁷⁷ SORJ *et al.*, **Sobrevivendo nas Redes - Guia do Cidadão**, p. 28.

³⁷⁸ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 63.

³⁷⁹ FRAZÃO, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital.

³⁸⁰ KHAN, Sources of Tech Platform Power.

A interação entre as plataformas e os anunciantes se torna mais interessante no contexto da perfilização³⁸¹ e especialmente no campo da disputa política, na qual se pode analisar mais vivamente a experiência de técnicas de microdirecionamento (*microtargeting*).

1.2.2. Perfilização e microdirecionamento.

Além de sua centralidade na relação entre os usuários, as plataformas possuem à sua disposição todas as ferramentas e instrumentos necessários para obter os dados pessoais dos titulares e criar perfis comportamentais a partir deles. Indo mais além, pode então viabilizar uma segmentação extremamente granularizada de indivíduos a partir de seus interesses pessoais ou dos interesses do anunciante³⁸².

DONEDA assim apresenta suas considerações a respeito da perfilização:

Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos, bem como estendida a grupos. Com ela, os dados pessoais são tratados como auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de se obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo.³⁸³

Como pontuou HEUN: “O avanço da individualização social leva a públicos-alvo (*Zielgruppen*) menores com demandas especiais para produtos e marcas, o que requer uma pesquisa sistemática e contínua das necessidades dos públicos-alvo” (tradução livre)³⁸⁴.

Isto é possível porque as buscas (*query*) realizadas pelos usuários fornecem informações sobre seus “hábitos, interesses, visão religiosa, orientação sexual” (tradução livre) e algumas delas têm o potencial de identificar o próprio titular dos dados³⁸⁵. Aliás, o estado emocional de uma pessoa pode ser verificado a partir da sua digitação³⁸⁶.

³⁸¹ “Decisions based on profiling personalise an individual’s informational environment with a high degree of personalisation, a practices referred to as microtargeting. It may consist in a more personal message to a segment of people sharing certain traits or even potentially determine the prices for products or services. It may consist in how social media platforms determine which content that appears on individual news feeds and in what order”. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Opinion on online manipulation and personal data, p. 9; BASAN, **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**, p. 156.

³⁸² CHEVALIER; SELHI, **Communication et Publicité**, p. 99; BUSCH, *The Programmatic Advertising Principle*, p. 8.

³⁸³ DONEDA, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, p. 151.

³⁸⁴ HEUN, **Werbung**, p. 33.

³⁸⁵ GALINDO; MARCO, *Freedom and the Internet: empowering citizens and addressing the transparency gap in search engines*.

³⁸⁶ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Opinion on online manipulation and personal data, p. 8.

Note-se que a escolha dos dados tratados deve ser criteriosa o suficiente para permitir que a segmentação obtenha êxito, pois, como exemplificam CHEVALIER e SELHI, a simples divisão demográfica pode não esclarecer o motivo de indivíduos com idades e rendas idênticas tenham gostos diferentes³⁸⁷. Entretanto, HEUN chega a pontuar que, ao contrário dos dados sociodemográficos, a análise das redes sociais apresenta fontes confiáveis de dados psicográficos³⁸⁸.

Neste cenário, a cadeia de valor dos dados se baseia na coleta de dados, sua síntese e análise e utilização, sendo que este sistema se retroalimenta com a coleta dos dados gerados pela utilização anterior³⁸⁹.

A publicidade ou propaganda oriunda da utilização de dados pessoais recebe diversos nomes e mesmo dentro de uma mesma nomenclatura há divergência, mas que desaguam nos mesmos elementos fundamentais.

A título de exemplo, AIOLFI, BELLINI e PELLEGRINI pontuam a respeito da *publicidade comportamental*, salientando que os pontos em comum das definições são: i) monitoramento e rastreamento do comportamento online do consumidor; e ii) utilização dos dados coletados para endereçar publicidade³⁹⁰.

Na visão de ALVES, a publicidade comportamental pode se dar através de: i) *remarketing*, publicidades que *lembram* o usuário do que foi visto anteriormente no site do anunciante; ii) personalização da publicidade, como temos pontuado ao longo desta Tese; e iii) “customização do negócio”, como a discriminação de preços³⁹¹.

De modo similar, o *microtargeting* é definido como a utilização dos dados pessoais dos eleitores por um partido para o envio “da mensagem certa para a pessoa certa”³⁹², noutra formulação “A técnica de *microtargeting* no contexto da persuasão em meios digitais, tem como procedimento, de modo geral, explorar grandes quantidades de dados e projetá-los em análises preditivas que estimam as preferências dos interlocutores, alvos das propagandas”³⁹³ (grifo no original), ainda que tenha sido mais usada no contexto eleitoral, a expressão não parece estar

³⁸⁷ CHEVALIER; SELHI, *Communication et Publicité*, p. 101.

³⁸⁸ HEUN, *Werbung*, p. 33.

³⁸⁹ ELKIN-KOREN, Niva; GAL, Michal, The Chilling Effects of Governance-by Data on Data Markets, *The University of Chicago Law Review*, v. 86, p. 403–431, 2019.

³⁹⁰ AIOLFI; BELLINI; PELLEGRINI, Data-driven digital advertising: benefits and risks of online behavioral advertising; Em sentido similar ALVES, *Direito publicitário: proteção do consumidor*, p. 216–217.

³⁹¹ ALVES, *Direito publicitário: proteção do consumidor*, p. 221.

³⁹² LAVIGNE, Strengthening ties: The influence of microtargeting on partisan attitudes and the vote.

³⁹³ SILVA, *O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais*, p. 9.

atrelada exclusivamente à propaganda, sendo que MELHADO e RABOT aludem à mesma técnica para fins comerciais³⁹⁴, assim como HÄNSSEL³⁹⁵.

Deste modo, ao fim e ao cabo, não há diferença de fundo entre as expressões senão para, eventualmente, indicar uma maior granularidade por parte da microdirecionamento.

Retornando à pesquisa de AIOLFI, BELLINI e PELLEGRINI, que envolveu 128 participantes, apontou-se que a publicidade comportamental supera a convencional devido à sua aderência às preferências do usuário, afetando sua atenção, inclusive de maneira que, embora os usuários sejam reticentes quanto à publicidade baseada em dados pessoais, permanecem clicando nos anúncios³⁹⁶.

Ao mesmo passo, um dos pontos interessantes a respeito do valor que os usuários dão à própria privacidade é chamado de *paradoxo da privacidade*, o qual aponta que as pessoas valoram seus dados pessoais de maneira elevada, embora não se comportem de acordo com estas estimativas no ambiente eletrônico³⁹⁷.

Isto contudo é discutido em relação aos *millenials*, que parecem não se preocupar com a privacidade no modo como lidam com a internet e as plataformas, ou seja: “os chamados nativos digitais estão enfraquecendo, se não destruindo, o conceito de privacidade por causa de seu comportamento online” (tradução livre)³⁹⁸.

Como pontua HAN, o *Homo digitalis* é um ninguém (*nobody*) e apenas por meio do incremento de seu perfil (*profile*) se torna alguém (*somebody*) buscando se exibir e buscar atenção³⁹⁹. Desta maneira, o indivíduo passa a ter sua identidade atrelada à sua contraparte digital, à qual, curiosamente, é consistente com sua real personalidade e não com a imagem que o indivíduo tenciona produzir⁴⁰⁰. Da mesma forma, cada atividade do indivíduo é gravada, de modo que “o Big Brother cedeu o trono ao Big Data” (tradução livre)⁴⁰¹.

Dentro deste cenário, a discussão sobre o tratamento de dados pessoais é tão fundamental que, em 26.07.18, as ações da Facebook caíram 20%, sendo que o motivo da queda atribuído pelos analistas foi a adequação à GDPR⁴⁰².

³⁹⁴ MELHADO; RABOT, Análise de Sentimentos: Da Psicométrica à Psicopolítica.

³⁹⁵ HÄNSSEL, The Impact of Microtargeting on Consciousness.

³⁹⁶ AIOLFI; BELLINI; PELLEGRINI, Data-driven digital advertising: benefits and risks of online behavioral advertising.

³⁹⁷ ELKIN-KOREN; GAL, The Chilling Effects of Governance-by Data on Data Markets.

³⁹⁸ DUCU, Cristian, Topoi in Neuromarketing Ethics, in: THOMAS, Andrew R. *et al* (Orgs.), **Ethics and Neuromarketing**, Cham: Springer, 2017, p. 51.

³⁹⁹ HAN, **In The Swarm**, p. 11.

⁴⁰⁰ HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 6.

⁴⁰¹ HAN, **In The Swarm**, p. 71.

⁴⁰² MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric, Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy, **Yale Journal of Law & Technology**, v. 21, p. 106–188, 2019.

Mesmo que indivíduos prefiram não revelar determinados dados pessoais como orientação sexual, eles podem ser inferidos a partir de comportamentos nas redes sociais. O estudo de KOSINSKI, STILLWELL e GRAEPEL se utilizou de 58.000 voluntários e analisou seus *likes*, perfis demográficos e testes psicométricos. Com base nestas informações, chegaram a uma taxa de acerto de 95% em questões referentes a se o indivíduo era caucasiano ou afro-americano (*african american*), 93% para gênero, 88% para homossexualidade masculina, 85% para preferência política (democrata ou republicano) e 82% para religião (cristão ou muçulmano)⁴⁰³.

Isto demonstra que mesmo dados tornados manifestamente públicos podem ser de grande auxílio para a construção de perfis comportamentais sem a necessidade de que o titular dos dados forneça de modo consensual seus dados aos agentes de tratamento, o que é especialmente problemático se levarmos em conta que foram detectados dados pessoais sensíveis apenas com base em comportamentos dos usuários em redes sociais.

Pesquisas também indicam que extrovertidos são mais propensos a comentar e postar fotos junto a outras pessoas, ao passo que ansiosos postam mais status negativos e a respeito de seus sentimentos⁴⁰⁴.

A utilização de tais dados pode permitir a estimação de modelos probabilísticos com base nos rastros deixados pelo titular dos dados e permitir ainda que sejam construídos perfis extremamente completos a seu respeito, inclusive para a medição de efetividade das campanhas publicitárias⁴⁰⁵ e tudo isto sem entrar na discussão sobre os *Data Brokers*, ou seja, sociedades empresárias especializadas em tratar e vender dados pessoais⁴⁰⁶.

Em todo caso, a perfilização é amoral, trata-se de uma ferramenta que pode produzir resultados positivos ou negativos do ponto de vista dos indivíduos, dado que os juízos valorativos pertencem à nossa esfera individual e cultural.

Contudo, não se pode negar que ela *pode* ter um papel crucial em diversos acontecimentos de nossa história recente. Exemplo disto é o fato de que uma das versões mais aceitas a respeito da polarização vivenciada no Ocidente assevera que as turbulências democráticas vivenciadas estão relacionadas às plataformas e sua instrumentalização para

⁴⁰³ KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore, Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior, *PNAS*, v. 110, n. 15, p. 5802–5805, 2013.

⁴⁰⁴ HORWOOD *et al*, *Personality Psychology*, p. 7.

⁴⁰⁵ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 11.

⁴⁰⁶ EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, **Big Data: Seizing Opportunities Preserving Values**, Washington: The White House, 2014, p. 44; SMYRNAIOS, Nikos, **Internet Oligopoly: The Corporate Takeover of Our Digital World**, Londres: Emerald, 2018, p. 121.

segmentar públicos e aproveitamento de elementos humanos como necessidade de pertencimento a grupos sociais e dissonância cognitiva⁴⁰⁷.

Não por acaso, FRAZÃO dá ênfase à possibilidade de “manipulação informacional e digital”, focando-se nas plataformas, em artigo que, com o dever da sinceridade, sintetiza de modo brilhante muitos dos pontos desenvolvidos nesta Tese, mas desenvolvidos com maior ênfase no âmbito da proteção da Democracia⁴⁰⁸.

Faremos aqui um pequeno *deteour* para analisar de modo mais preciso como isto se dá a discussão entre plataformas, perfilização e polarização.

Note-se, contudo, que a análise psicográfica e, de certo modo, a perfilização vieram a público com preocupações publicitárias e, somente com o tempo, passaram à esfera da propaganda eleitoral⁴⁰⁹.

PRUMMER entende que há uma correlação positiva entre penetração da internet e polarização, esta conclusão foi derivada da análise de dados da *Federal Communication Commission* dos EUA e da polarização dos parlamentares norte-americanos (*U.S. Congressmen*). Assim, a conclusão foi de que distritos com maior acesso à internet tendiam a eleger parlamentares relativamente mais polarizados (*relatively more polarized*)⁴¹⁰.

Sob sua ótica, eleitores independentes (*unattached voters*) tendem a votar de acordo com suas preferências políticas (*policy preferences*) e sua percepção da plataforma do candidato, isto permite que os candidatos elaborem propagandas personalizadas para estes eleitores a fim de ampliar seus apoiadores⁴¹¹, com base nisso, ao passo que as mídias de massa foram se fragmentando, a polarização aumentou⁴¹².

Nesta toada, a constante segmentação e perfilização cria bolhas que inviabilizam ao indivíduo ter acesso a conteúdos que são contrários às suas crenças, havendo pesquisas a indicar que a manipulação do *feed* pode levar a alteração de votos⁴¹³.

Em sentido oposto, a pesquisa de BOXELL, GENTZKOW e SHAPIRO indica que os níveis de polarização política não são totalmente associados a maior utilização da internet. Esta conclusão é derivada de uma análise da idade e posicionamento político dos indivíduos frente

⁴⁰⁷ Dissonância cognitiva diz respeito à “incongruência entre pensamentos ou elementos mentais” (tradução livre). Ou seja, a coexistência de pensamentos conflitantes. PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 238.

⁴⁰⁸ FRAZÃO, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital.

⁴⁰⁹ BAKIR, Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica’s Psychographic Profiling and Targeting.

⁴¹⁰ PRUMMER, Anja, Micro-targeting and polarization, **Journal of Public Economics**, v. 188, 2020.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Opinion on online manipulation and personal data, p. 7.

à utilização da internet. De acordo com o estudo, a polarização está sediada em grupos com menor utilização de internet (maiores de 65 anos)⁴¹⁴⁴¹⁵.

Prosseguindo, não há uma trilha única para que os anunciantes elaborem publicidade ou propaganda baseadas em perfis comportamentais. Contudo, parece estabelecido que eleitores se relacionam melhor com propaganda que combina com sua personalidade⁴¹⁶.

Com base na análise dos perfis psicométricos, ZAROUALI e outros elaboraram um algoritmo a fim de medir a extroversão dos indivíduos com base em textos descritivos que foram solicitados aos participantes do estudo. A partir da análise dos traços de personalidade, foi possível apresentar anúncios e verificar que os indivíduos introvertidos reagem melhor a propagandas políticas elaboradas para criar sensação de medo, ao passo que os extrovertidos preferiam propagandas entusiasmadas. Com base nisso, os pesquisadores recomendam que perfis psicométricos sejam considerados uma categoria especial de dados que não poderia ser utilizada ao bel prazer do controlador⁴¹⁷.

Este estudo, porém, deve ser interpretado com ressalvas, pois os próprios autores salientam que as pesquisas foram realizadas com indivíduos que já possuíam tendências políticas congruentes com os anúncios aos quais foram expostos⁴¹⁸. Por outro lado, não é de se estranhar o resultado, pois a “personalidade é um dos fatores que mais influenciam o comportamento político a par das emoções. (...) A personalidade afeta todos os processos de pensamento e o comportamento, frequentemente de forma não consciente”⁴¹⁹.

Não é demais lembrar que os *Big Five* foram utilizados em campanhas bem-sucedidas como o *Brexit* e a campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos através da análise de testes de personalidade feitos na internet e sua conjugação com propaganda direcionada⁴²⁰. No caso da eleição presidencial, a Cambridge Analytica criou perfis

⁴¹⁴ BOXELL, Levi; GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse M., Greater Internet use is not associated with faster growth in political polarization among US demographic groups, *PNAS*, v. 114, n. 40, p. 10612–10617, 2017.

⁴¹⁵ Ambos os argumentos são interessantes e demonstram a necessidade de maior reflexão dentro dos efeitos concretos das plataformas, porém, como visto na revisão sobre o pensamento de CIALDINI, as bolhas formam uma maioria aparente (na qual participam os *bots*) e podem influenciar na tomada de decisão, especialmente quando já há uma predisposição por semelhança ou gosto frente a determinado candidato. Deste modo, embora não seja pacífica a influência *decisiva* das plataformas na polarização, não há como se negar a sua influência dentro do debate político (e do consumo). Já se caiu no totalitarismo antes e durante as plataformas, a questão é saber se poderemos, no futuro, evitar a polarização com melhores estudos sobre o papel das plataformas e torná-las aliadas de uma Democracia que faça jus à representação ideal que dela temos.

⁴¹⁶ ZAROUALI *et al*, Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ DIAS, *O cérebro da política*, p. 41.

⁴²⁰ “Big Data combined with behavioural science enables inferences about even deeper personality portraits. Some data analytics companies specialise in assessing individuals based on five personality traits known as the ‘Big

psicográficos de 230 milhões de norte-americanos para utilização em campanhas políticas⁴²¹ e pode ter chegado a testar de “40.000 a 50.000 versões de mensagens por dia”⁴²², embora também se mencione que o número máximo tenha chegado a 60.000 versões por dia⁴²³.

Antes disto, a campanha presidencial de Barack Obama, com um teste A/B muito mais simples (um total de 500 testes), conseguiu elevar as doações em 29% e assinaturas em 161%, demonstrando que mesmo métodos menos poderosos podem levar a incrementos significativos⁴²⁴.

Interessante notar que BAYER argumenta que o microdirecionamento causa um duplo prejuízo (*harm*) aos eleitores, visto que é possível a violação de direitos dos eleitores objeto de uma dada propaganda específica e o cerceamento do direito à informação do eleitor que não recebeu a mesma propaganda endereçada a outro indivíduo⁴²⁵.

Em resumo: i) o comportamento dos usuários na Internet deixa diversos elementos que podem ser agrupados a criação de um perfil comportamental; ii) estes dados podem ser tratados de forma consentida, tornados manifestamente públicos pelo titular ou ainda obtidos por meio ilícito; iii) a despeito do modo de tratamento dos dados, seu aproveitamento pode ser utilizado em mensagens persuasivas por meio de técnicas que correlacionam tipos de personalidade e elaboração de mensagens especificamente voltadas a estes públicos; e iv) estas técnicas foram utilizadas com aparente sucesso em casos como o Brexit e a campanha de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos.

Assim, o tratamento de dados pessoais e a criação de perfis comportamentais, especialmente quando detalhados de maneira minimalista, tendem a maximizar o sucesso de

Five’ or OCEAN, using data gathered from online personality tests (see above), a technique reported to have been exploited by campaigners during 2016 US Presidential elections and UK Brexit referendum. These assessments are then supplemented with additional characteristics, including values and needs, likes and shares. Profiling serves also to identify other people who might be potentially interested in a product and service, namely the ‘lookalike’ audience and customers held by the major social media platforms”. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Opinion on online manipulation and personal data, p. 8; SILVA, **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**, p. 17; KAISER, **Targetd: The Cambridge Analytica Whistleblower’s Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again**.

⁴²¹ MANHEIM; KAPLAN, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*.

⁴²² SILVA, **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**, p. 11; IDEA, **Digital Microtargeting: Political Party Innovation Primer 1**, p. 13.

⁴²³ BAKIR, *Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica’s Psychographic Profiling and Targeting*.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ BAYER, Judit, Double harm to voters: Data-driven micro-targeting and democratic public discourse, **Internet Policy Review**, v. 9, n. 1, p. 1–17, 2020; Em sentido similar: FREIRE, Carolina Djovana da Silveira, A DETERIORAÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: os efeitos do microtargeting sobre o direito à participação política, **Revista CEJ**, v. 24, n. 80, p. 106–113, 2020.

uma dada tentativa de persuasão no plano político, no qual as emoções e os sentimentos estão mais aflorados.

Vejamos isso com um pouco mais de detalhe:

1.2.3. Emoções, sentimentos, pertencimento grupal e publicidade.

Não se pode deixar de notar que o candidato se vende na forma de um *produto* ao eleitor e sua propaganda engloba um conjunto de valores e visões de mundo. A diferença essencial entre a disputa política e a relação de consumo é a de que as emoções são menos viscerais no último caso, embora haja consumidores que demonstram verdadeira devoção a certos fornecedores⁴²⁶. Como pontua HARARI: “Referendos e eleições são sempre sobre sentimentos humanos e não sobre a racionalidade humana” (tradução livre)⁴²⁷.

DUCU chega a pontuar que, em sua visão, o ponto que melhor “descreve a tensão ética” do neuromarketing é justamente sua utilização na política, especialmente porque insere uma disputa injusta entre os candidatos por meio dos artifícios da neurociência⁴²⁸.

Por emoções, do ponto de vista fisiológico, portanto sem toda a complexidade humana, deve se entender: “um acréscimo ou decréscimo na atividade fisiológica que é acompanhado de sentimentos que são característicos daquela emoção e sempre acompanhados por um comportamento característico ou expressão facial” (tradução livre)⁴²⁹.

As emoções possuem variadas funções conforme apontam pesquisas, variando do direcionamento da atenção (*Attention-Directing*) para determinados acontecimentos, papel informacional voltado à avaliação de um dado acontecimento e papel motivacional, o qual permite ao indivíduo agir de acordo com a emoção sentida⁴³⁰. Isto ainda é ampliado com base na comunicação digital, que permite “mais reações impulsivas do que os meios analógicos de comunicação” (tradução livre)⁴³¹.

⁴²⁶ BORGES, Diego, **Fãs dormem em frente a GameStop atrás de um PS5 ou Xbox Series X**, disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/voxel/207481-fas-dormem-frente-gamestop-ps5-xbox-series-x.htm>>. acesso em: 3 mar. 2022; STUCKEY, Daniel, *The People Waiting in Line for a New iPhone Don't Know What They're Waiting For, or How Long*.

⁴²⁷ HARARI, **21 Lessons for the 21st Century**; No mesmo sentido: DIAS, **O cérebro da política**, p. 11–12.

⁴²⁸ DUCU, *Topoi in Neuromarketing Ethics*, p. 58.

⁴²⁹ GARRETT; HOUGH, **Brain & Behavior**; Em sentido similar: KANDEL *et al*, **Principles of Neural Science**, p. 1046.

⁴³⁰ REISENZEIN; HILDEBRANDT; WEBER, *Personality and Emotion*, p. 83.

⁴³¹ HAN, **In The Swarm**, p. 3.

O papel da emoção nas motivações dentro da tomada de decisão influencia as defesas cognitivas, utilizando-se a razão como justificativa de escolhas realizadas não por um processo amplamente deliberativo, mas emocional⁴³².

Curioso notar que, além das funções evolutivas acima mencionadas, pessoas politicamente alinhadas à direita possuem maiores reações emocionais como medo quando confrontadas com imagem ameaçadoras do que suas contrapartes à esquerda, assim como as informações políticas são trabalhadas no córtex pré-frontal ventromedial (relacionado às emoções) e não pelo córtex pré-frontal dorsolateral (relacionado à racionalidade)⁴³³.

Mesmo quando tratamos de consumo, não se pode afirmar que as escolhas de produtos e serviços são elaboradas pura e simplesmente à luz de fatores racionais, havendo uma camada emocional que influencia o processo decisório⁴³⁴ e que é explorada de modo excessivo pelo marketing e pela publicidade⁴³⁵.

Contudo, a análise de sentimentos nem sempre será inerentemente nociva, na Espanha, uma parceria do Twitter com a *Teléfono de la Esperanza* buscou um padrão de análise de sentimentos a fim de identificar possíveis distúrbios emocionais e promover a intervenção quando necessário, o *Code of Hope* pode detectar até 32 emoções. Esta boa notícia, porém, não nublou MELHADO e RABOT que questionaram “porque uma empresa de comunicação, como o Twitter, se dotou a si própria da capacidade de monitorar e regular nossas emoções?”⁴³⁶.

Além deste exemplo, a pesquisa dos autores rememora que houve documento vazado do Facebook, o qual se jactava de conseguir monitorar o estado anímico de jovens. Isto, evidentemente, possui implicações comerciais e políticas relevantes, pois um dado produto ou outro podem ser oferecidos de acordo com o estado emocional do usuário⁴³⁷.

Isto, porém, não explica tudo. Ainda que uma dada tentativa de persuasão seja adequada a um perfil psicométrico ou mesmo apelativa a nossas emoções, não teria o indivíduo a capacidade de notar conteúdos com desinformação ou com publicidade abusiva ou enganosa? Neste ponto adentra a discussão a respeito do papel desempenhado pelo pertencimento grupal e pela dissonância cognitiva.

Uma primeira pista pode ser encontrada no modo como as pessoas processam informações relacionadas ao consumo e à política. Propagandas políticas com as quais não se

⁴³² CHAUDHURI, *Emotion and Reason in Consumer Behavior*, p. 29.

⁴³³ DIAS, *O cérebro da política*, p. 11–12.

⁴³⁴ OLIVEIRA, *Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano*, p. 172; CHAUDHURI, *Emotion and Reason in Consumer Behavior*, p. 2.

⁴³⁵ DUCU, Topoi in *Neuromarketing Ethics*, p. 58.

⁴³⁶ MELHADO; RABOT, *Análise de Sentimentos: Da Psicométrica à Psicopolítica*.

⁴³⁷ *Ibid.*

concorda tendem a ativar a parte dorsolateral do córtex pré-frontal (relacionado à racionalidade), o que não vem a ocorrer em situações nas quais o indivíduo está frente a publicidades relacionadas a produtos dos quais não gosta⁴³⁸.

Ou seja, a reação à propaganda é mais forte do que a reação à publicidade. Dificilmente alguém se verá ofendido por um material publicitário, salvo se contiver elementos que envolvam outras questões que não o produto ou serviço oferecido, como veio a ocorrer no caso de interferência direta do Presidente da República Jair Bolsonaro frente a publicidade do Banco do Brasil voltada à diversidade⁴³⁹.

Em que pese o argumento de que se tratava de uma questão de “uso do dinheiro dos trabalhadores para isso”, o fato é que o *isso* dizia respeito a pautas progressistas não condizentes com o evidentemente conservador Presidente da República⁴⁴⁰. Noutras palavras, não estavam em questão os serviços da instituição financeira, mas uma visão de mundo.

Deixando de lado as reações emocionais diferentes entre publicidade e propaganda, em um artigo na revista *Science*, LAZER e mais quinze pesquisadores definem *Fake News*⁴⁴¹ como uma informação que imita o conteúdo da mídia informativa sem se atentar aos processos que asseguram a veracidade da informação⁴⁴². Estas “notícias”⁴⁴³ contêm diversas peculiaridades oriundas do ambiente virtual. A título de exemplo, notícias falsas no Twitter são retuitadas e se espalham mais rápido que notícias verdadeiras e estudos apontam que entre 9% e 15% das contas no Twitter e mais de 60 milhões de perfis no Facebook são operados por “robôs” (*bots*)⁴⁴⁴. O papel dos *bots* é essencial, pois não apenas o conteúdo, mas também a quantidade

⁴³⁸ DAUGHERTY; HOFFMAN, *Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research*, p. 16.

⁴³⁹ ESTADÃO CONTEÚDO, **Bolsonaro veta campanha do BB marcada pela diversidade; diretor é demitido**, Exame, disponível em: <<https://exame.com/brasil/bolsonaro-veta-campanha-do-bb-marcada-pela-diversidade-diretor-e-demitido/>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁴⁴⁰ ÁLVARES, DÉBORA, **Bolsonaro diz que veto à propaganda do Banco do Brasil foi “respeito com a população”**. **Veja vídeo**, Congresso em Foco, disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/amp/projetobula/reportagem/bolsonaro-diz-que-veto-a-propaganda-do-banco-do-brasil-foi-respeito-com-a-populacao-veja-video/>>. acesso em: 30 jun. 2022.

⁴⁴¹ A expressão *Fake News* surgiu no contexto das eleições de 2016 nos EUA para se referir a sites sensacionalistas de aparência confiável que visam auferir renda de publicidade com as eleições norte-americanas. *Fake News*, portanto, não cobre um espectro de informações como memes, vídeos de YouTube ou podcasts. MARWICK, *Why Do People Share Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects*.

⁴⁴² LAZER, David *et al*, *The Science of Fake News*, **SCIENCE**, v. 359, n. 6380, p. 2–4, 2018.

⁴⁴³ Os anglófonos dividem expressões como *misinformation* (informação incorreta não intencional) e *disinformation* (informação incorreta intencional). No português, ambas as palavras seriam traduzidas como *desinformação*. MARWICK, *Why Do People Share Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects*.

⁴⁴⁴ LAZER *et al*, *The Science of Fake News*.

de visualizações podem ser objeto de distorção para emular audiência⁴⁴⁵, o que, como veremos, pode dar a sensação de pertencimento a um determinado grupo social.

Ao lado disso, plataformas como Google e Facebook possuem uma “relação complicada” com as *Fake News*, visto que, ao mesmo tempo em que se colocam contra a disseminação da desinformação, lucram com as visualizações e dados gerados pelas notícias falsas⁴⁴⁶.

Os vieses e emoções então passam a desempenhar um papel central na percepção de tais “notícias”, pois indivíduos não tendem a questionar a credibilidade da informação recebida se ela estiver de acordo com suas concepções e estas concepções geralmente estão associadas aos valores da comunidade dos indivíduos⁴⁴⁷.

Algumas recomendações do estudo publicado por LAZER são: i) sinalização da qualidade de uma dada fonte; ii) redução da personalização da informação relacionada a conteúdos políticos; iii) exclusão dos robôs das medições sobre os assuntos em alta (*trending*)⁴⁴⁸. Isto é aderente à teoria tradicional de que as *Fake News* seriam transmitidas por conta de ignorância do usuário que recebe a mensagem e decide retransmiti-la de boa-fé.

Entretanto, de acordo com MARWICK o compartilhamento das *Fake News* deve ser compreendido em um contexto de “auto-apresentação (*self-presentation*) e reforço de identidade de grupo (*reinforcement of group identity*)”⁴⁴⁹. Dentro da identidade grupal, o fator importante para o convencimento não é a identidade de quem publicou o conteúdo, mas de quem o compartilhou⁴⁵⁰.

MARWICK denomina modelo sociotécnico de efeitos da mídia (*sociotechnical model of media effects*) a ferramenta intelectual voltada à análise dos sistemas técnicos e sociais da mídia, sendo que, para isto, desenvolveu uma análise dividida em três partes: (i) as pessoas criam (*make*) significados da informação a partir de sua posição social; (ii) as mensagens da mídia são estruturadas no interesse de várias agendas; e (iii) o meio utilizado pela mídia afeta a criação de significados e a mensagem⁴⁵¹.

Com base neste modelo, MARWICK conclui que: (i) as pessoas compartilham *Fake News* com o objetivo de reforçar suas crenças pré-existentes (*pre-existing beliefs*) e sinalizar

⁴⁴⁵ MANHEIM; KAPLAN, Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy; FRAZÃO, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital; BAKIR, Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica’s Psychographic Profiling and Targeting.

⁴⁴⁶ MANHEIM; KAPLAN, Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy.

⁴⁴⁷ LAZER *et al*, The Science of Fake News.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ MARWICK, Why Do People Shares Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

sua identidade grupal; (ii) as mensagens enviadas apelam aos receptores por vários motivos (*polysemic appeals*); e (iii) a estrutura dos algoritmos e o compartilhamento dão maior visibilidade a estes conteúdos⁴⁵².

Estas considerações estão em linha com análises sobre o comportamento grupal e em situações de autoridade, de modo que os indivíduos preferem abdicar de seus posicionamentos pessoais em favor do grupo ou da autoridade⁴⁵³, inclusive para manter sua imagem dentro do grupo⁴⁵⁴.

Isto também ocorre também no âmbito das relações de consumo quando tribos sociais possuem uma verdadeira devoção a certas marcas ou produtos por indicarem um estilo de vida. OLIVEIRA chega a comparar a defesa e a promoção de determinadas marcas como uma espécie de religião⁴⁵⁵.

Além disto, as pessoas evitam observar sua própria ignorância, preferindo manter-se em ambientes nos quais suas crenças pessoais são reafirmadas, inclusive por conta da necessidade de pertencimento grupal. Desta maneira, o incremento da informação disponível não soluciona as discussões de cunho ideológico⁴⁵⁶.

Note-se que o pertencimento a determinado grupo é um fator determinante em várias situações sociais, chegando a causar conflitos entre indivíduos pura e simplesmente porque se encontram fora de um determinado grupo⁴⁵⁷.

Desta maneira, ferramentas como a checagem de fatos e o pensamento crítico a respeito das mensagens não logram sucesso para combater a desinformação, posto que ela está enraizada nos preconceitos dos indivíduos. Note-se ainda que não há uma manipulação pura e simples como faria supor a teoria da bala mágica, visto que os indivíduos podem conscientemente compartilhar mensagens sabidamente falsas⁴⁵⁸.

A situação chega ao ponto de que, frente a contradições de líderes políticos com os quais possuem afinidade, os indivíduos podem solucionar os conflitos racionais oriundos destas contradições (dissonância cognitiva), desativar “os circuitos neuronais associados às emoções

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ DIAS, **O cérebro da política**, p. 31–36.

⁴⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R., **Conformity: The Power of Social Influences**, New York: New York University Press, 2019.

⁴⁵⁵ OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 218.

⁴⁵⁶ HARARI, **21 Lessons for the 21st Century**.

⁴⁵⁷ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 44–45.

⁴⁵⁸ MARWICK, **Why Do People Share Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects**.

negativas” e ativar os relacionados a emoções positivas. “O cérebro partidário não queria apenas sentir-se melhor. Queria sentir-se bem”⁴⁵⁹.

Daí se poderia pensar em uma predisposição genética à formação de grupos e criação de antipatias, isto, contudo, parece um terreno movediço à luz das pesquisas evolutivas.

Realmente, a evolução humana teria ocorrido por conta de diversos fatores, inclusive por conta das dificuldades de sobrevivência na Era do gelo, forçando maior interconexão entre nossos ancestrais. Ao passo que tais dificuldades findaram, o papel da comunicação passou a ser desenvolvido no âmbito interno dos grupos humanos e as disputas por território se iniciaram, pois a cooperação perdeu valor⁴⁶⁰.

Com base nestas considerações, NEWSON e RICHERSON chegam à conclusão de que o tribalismo evoluiu a partir de questões culturais e não de uma característica genética nos indivíduos⁴⁶¹.

Revisando a literatura sobre o assunto, SUNSTEIN pontua que os grupos têm o poder de aumentar a polarização, ou seja, o indivíduo isolado tende a ser mais moderado do que quando se encontra em um dado grupo⁴⁶².

Diante destas ponderações, ainda há um bom terreno para a investigação a respeito dos elementos que nos fazem criar divisões entre grupos de seres humanos e como torná-las plurais sem a necessidade de animosidade entre os indivíduos.

Assim, as emoções, bem como o pertencimento grupal e a dissonância cognitiva, desempenham um papel relevante na relação do indivíduo frente a tentativas de persuasão e, ao lado disto, demonstram que nem sempre os acontecimentos se dão por mera fragilidade cognitiva ou ignorância dos fatos por parte dos indivíduos.

Dentro deste cenário, há de se notar que não é possível considerar similares ou mesmo com potencial similar a mídia tradicional e a digital, pois: i) o auditório não é homogêneo, estando a mídia tradicional presa a uma única estratégia persuasiva; e ii) a mídia tradicional tem apresentado queda considerável de receita e enfrenta agora criadores de conteúdo com nichos específicos, os quais dispõem recursos consideravelmente inferiores às mídias tradicionais para a produção de conteúdo.

Em resumo: i) por questões evolutivas seres humanos possuem emoções que se relacionam intimamente à alterações de estados fisiológicos; ii) quando estas emoções são

⁴⁵⁹ DIAS, **O cérebro da política**, p. 122; No mesmo sentido, mas em relação à dissonância cognitiva em geral: O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 132 e seguintes.

⁴⁶⁰ NEWSON; RICHERSON, **A Story of Us: A new look to human evolution**.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² SUNSTEIN, **Conformity: The Power of Social Influences**.

despertadas, elas participam do processo de tomada de decisão do indivíduo; iii) lidando com estas emoções, o sujeito poderá lançar mão de mecanismos para dar unidade e coerência às suas crenças visando sentir-se bem consigo mesmo; e iv) o pertencimento grupal possui um papel importante nas avaliações, pois pode coibir vozes dissonantes por questões reputacionais ou ainda tornar mais extremos os comportamentos dos indivíduos.

2. Tecnologias persuasivas.

Verificados alguns elementos básicos da publicidade e um breve *detour* pela rota cênica da utilização de emoções em um de seus âmbitos mais flagrantes (as disputas políticas), passamos agora a analisar efetivamente as tecnologias persuasivas.

Na obra seminal de FOGG, as tecnologias persuasivas são definidas como “qualquer sistema interativo desenvolvido (*designed*) para alterar as atitudes ou comportamentos das pessoas” (tradução livre)⁴⁶³. Desde o princípio, o estudo das tecnologias persuasivas buscou se diferenciar da manipulação. FOGG claramente define persuasão como “uma tentativa de alterar atitudes ou comportamento ou ambos (sem utilização de coerção ou engano (*deception*))” (tradução livre)⁴⁶⁴.

FOGG ainda tentou denominar a área de estudo a respeito da relação entre persuasão e tecnologia com o acrônimo *captologia* (*captology – computers as persuasive technologies*)⁴⁶⁵, mas o nome não parece ter sido aceito com entusiasmo pela comunidade acadêmica.

Aliás, mesmo a escolha do nome *tecnologias persuasivas* é questionada, havendo pesquisa a indicar que os indivíduos não se sentem confortáveis com tal nomenclatura, pois ela indicaria maior proximidade com expressões como coerção, manipulação, enganação e propaganda⁴⁶⁶.

Por qualquer sistema interativo, FOGG pretendeu designar itens variados como “sites, telefones celulares, videogames, softwares, *chatbots*, ambientes inteligentes, realidade virtual, equipamentos de exercícios, dispositivos especializados e quiosques” (tradução livre) e sua relação com “mudanças comportamentais e de atitude, motivação, mudança em visão de mundo e *compliance*” (tradução livre)⁴⁶⁷.

⁴⁶³ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, p. 1.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁶⁶ DELDEN, Robby van; VRIES, Roelof A. J. de; HEYLEN, Dirk K. J., Questioning Our Attitudes and Feelings Towards Persuasive Technology, in: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2019**, Cham: Springer, 2019, p. 3–15.

⁴⁶⁷ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, p. 5.

Oportuno reiterar, mais uma vez, que as tecnologias persuasivas não são necessariamente maléficas, um exemplo cotidiano de tecnologia persuasiva voltada para o bem-estar do indivíduo está nos *smartwatches* que alertam o dono para a realização de exercícios físicos após algum tempo de inatividade, despertadores que exigem a realização de cálculos matemáticos para terminar de tocar ou ainda aplicações voltadas à prática de exercícios que congregam análise dos dados fornecidos pelo usuário com estímulos para a continuidade da atividade⁴⁶⁸.

Na visão de FOGG, o que diferencia as tecnologias persuasivas das tentativas de persuasão na mídia de massa é a interatividade, que possui o papel relevante de se adaptar ao *feedback* dos usuários⁴⁶⁹.

Ainda em seu trabalho, FOGG destacou quais seriam as principais vantagens dos computadores sobre os agentes humanos na persuasão: i) maior persistência; ii) maior anonimidade; iii) trabalho com grande volume de dados; iv) utilização de várias modalidades de influência; v) escalabilidade; e vi) possibilidade de estar em locais inacessíveis aos humanos⁴⁷⁰.

De fato, a persistência ocorre quando, por exemplo, após o ingresso em um *site* de venda de produtos, somos seguidos por publicidades referentes aos itens que visualizamos por um período considerável. Um vendedor não obteria os mesmos resultados com a sua insistência perante o cliente e a recepção de chamadas diuturnas provavelmente causaria uma repulsa maior do que a publicidade em *sites*⁴⁷¹.

Uma forma de persistência que nos parece escamoteada é a lista de desejos ou carrinhos de compras, embora seja extremamente útil no cotidiano deixar para tomar a decisão de compra em um futuro ainda incerto, ao inserir o produto dentro da lista, estamos atuando sob o manto do princípio do compromisso⁴⁷².

Como se isso não bastasse, ainda há fornecedores que, tendo acesso a nossos contatos eletrônicos, podem reiteradamente enviar mensagens lembrando que os itens se encontram no carrinho de compras. Um exemplo que ocorreu com o autor desta Tese, sem qualquer pretensão de estudo científico, foi o de deixar um conjunto de livros para posterior aquisição.

⁴⁶⁸ Uma lista de tecnologias deste jaez pode ser observada em: HALKO; KIENZ, *Personality and Persuasive Technology*.

⁴⁶⁹ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, p. 6.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 7 e seguintes.

⁴⁷¹ Curiosamente, a exposição reiterada a uma dada publicidade pode levar ao gosto por uma dada marca. PERLOFF, **The Dynamics of Persuasion**, p. 296.

⁴⁷² KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 111.

Entre 14.06.22 e 22.06.22 (nove dias), o autor recebeu sessenta e três e-mails referentes aos itens deixados no carrinho, o que corresponde a uma média de sete e-mails por dia.

Assim, mesmo a insistência virtual pode causar resultados extremamente negativos na visão do potencial consumidor, especialmente com a prática indiscriminada de e-mails.

Prosseguindo, não vemos benefícios na anonimidade das tecnologias persuasivas em relação ao anunciante ou ao fornecedor do produto ou do serviço, mas apenas às pessoas físicas por trás da construção dos códigos e da criação da tentativa de persuasão. Realmente, embora não seja possível identificar as pessoas físicas por trás da tentativa de persuasão, há evidente necessidade de que o fornecedor se exponha. Trata-se, portanto, de uma característica de pouca vantagem prática em comparação a seres humanos.

No que tange ao trabalho com grande volume dados e à escalabilidade, porém, resta evidente que um vendedor solitário não teria a capacidade de armazenar e processar tantos dados pessoais e atuar de maneira distinta perante uma variedade tão grande de clientes⁴⁷³. Note-se que é possível dizer que há limitações de *hardwares* disponíveis para o processamento de dados, porém, esta é uma questão contornável com a divisão do processamento em várias unidades, serviços de *cloud* e que se torna cada vez de menor importância, sendo ainda interessante lembrar a Lei de Moore, referente ao aumento exponencial da capacidade de processamento ao longo do tempo, embora seja questionada recentemente⁴⁷⁴.

No que tange às várias modalidades de influência, parece evidente que as tecnologias persuasivas se destacam neste aspecto. Um indivíduo pode ter a sagacidade de alterar seu comportamento para cada tentativa persuasiva diante de um consumidor⁴⁷⁵, porém, o vasto repertório das tecnologias persuasivas e a sua capacidade de predição de comportamento torna o mais invulgar dos vendedores um agente obsoleto frente aos recursos que podem ser mobilizados por um *software* ou uma campanha publicitária bem desenvolvido⁴⁷⁶.

Não é necessário ir longe para observar que inúmeras práticas são utilizadas, desde vídeos de exposição do produto, cupons de desconto, *cashback*, *eternas promoções por tempo limitado*, acompanhamento do consumidor em outras páginas que visita, anúncios em aplicações de celular, e-mails sobre itens *deixados no carrinho* e tantas outras mais.

⁴⁷³ KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 16–17.

⁴⁷⁴ TRINDADE, Rodrigo, **O que é a Lei de Moore e por que você deve se preocupar com o fim dela**, disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/01/29/o-que-e-a-lei-de-moore-e-porque-voce-deve-se-preocupar-com-o-fim-dela.htm>>. acesso em: 4 mar. 2022.

⁴⁷⁵ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 22.

⁴⁷⁶ Embora ainda seja complexo criar agentes persuasivos na forma de chatbots. Cf. NARITA, Tatsuya; KITAMURA, Yaushiko, *Persuasive Conversational Agent with Persuasion Tactics*, in: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.), **PERSUASIVE 2010**, Berlim: Springer-Verlag, 2010.

Ao lado disto, agentes humanos podem se equivocar. KAPTEIN rememora uma péssima estratégia de um vendedor ao tentar lhe vender o livro *Philosophy for Dummies* enquanto buscava uma leitura para uma viagem de avião⁴⁷⁷.

Por fim e talvez o ponto mais importante da análise de FOGG, as tecnologias persuasivas nos acompanham em locais que jamais imaginaríamos que um indivíduo pudesse nos seguir. Carregamos nossos celulares em todas as atividades quotidianas, temos aparelhos “inteligentes” dentro de nossas casas e muitos deles nos acompanham em momentos de intensa intimidade.

Assim, as tecnologias persuasivas estão para além das placas de publicidade nos estádios de futebol, dos totens em estações de metrô e da chamada incômoda do telemarketing. No contexto atual, podemos mudar de canal, obter um serviço de *streaming*, bloquear números telefônicos, publicidade em nosso navegador e desativar notificações no celular, mas é quase impossível, mesmo após todo este trabalho de Sísifo, na intimidade de nosso quarto, deixar de observar um *spam* na caixa de e-mail. (Não é por outro motivo que a Lei portuguesa 41/2004 proíbe expressamente o envio de comunicações não solicitadas ao consumidor⁴⁷⁸.)

Além destas vantagens, as tecnologias persuasivas teriam sete tipos de ferramentas à sua disposição, tais como: i) redução (simplificação de procedimentos); ii) *tunneling* (criação de uma trilha que força o usuário a passar por um determinado percurso digital); iii) customização; iv) sugestão (utilização de sugestões em momentos oportunos podem levar a maior persuasão); v) automonitoramento (permitindo ao usuário verificar como está seu desempenho e estimulando-o a progredir); vi) supervisão (utilização da tecnologia para monitoramento de terceiros); e vi) condicionamento (reforço de comportamentos desejados a fim de condicionar o usuário)⁴⁷⁹.

O trabalho de FOGG abriu uma vasta clareira na análise da relação entre tecnologia e persuasão, tendo ainda analisado temas como a relação dos usuários com as diversas estratégias persuasivas que podem ser adotadas pelos *softwares*, tais como a reciprocidade, autoridade, confiabilidade, responsividade, comparação de resultados entre indivíduos e pressão dos pares⁴⁸⁰.

Isto também possibilitou investigar o que determinados sites e aplicações com maior aderência de usuários tinham de especial em relação a seus concorrentes.

⁴⁷⁷ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 19.

⁴⁷⁸ SCHWALBACH, José Gaspar, **Direito Digital**, Coimbra: Almedina, 2021, p. 139.

⁴⁷⁹ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, p. 32–54.

⁴⁸⁰ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**.

A pesquisa de FOGG e ECKLES analisou 50 sites considerados populares visando compreender o que havia em comum entre eles. Após a análise dos sites, os pesquisadores concluíram que o diferencial destas páginas eram o que denominaram de cadeia comportamental (*behavioral chain*), composta por um processo de: i) descoberta; ii) envolvimento superficial; e iii) comprometimento. Assim, os sites buscam sua divulgação para que o usuário conheça o serviço prestado e visite o site. Após, os sites buscam que os indivíduos criem uma conta ou iniciem uma interação com a página. Finalmente, uma vez que os usuários compreenderam o serviço e já tiveram envolvimento superficial, busca-se efeitos de longo prazo na forma de criação de conteúdo, envolvimento de terceiros e permanência dos indivíduos já fidelizados⁴⁸¹.

ROSENFELD analisou os 40 aplicativos de Facebook com mais usuários ativos a fim de identificar quais são seus elementos comuns. A pesquisa mapeou os seguintes elementos em comum: i) *loop* de crescimento (*growth loop*), que ocorre quando os indivíduos se inscrevem nos aplicativos e isto é comunicado à sua rede de amigos; ii) *loop* de frequência, tais como premiações por utilização do aplicativo em um dado período; e iii) *loop* de lealdade, o qual se estabelece através de interações recíprocas entre os usuários que acabam aumentando a interação⁴⁸².

Um dos primeiros problemas da construção do estudo das tecnologias persuasivas já aparece da separação entre efeitos planejados e colaterais das tecnologias persuasivas, tendo FOGG aludido que o foco da captologia deveria ser o efeito planejado⁴⁸³.

A despeito da visão idealista de FOGG, as evidências parecem indicar que a utilização das tecnologias persuasivas não se limita apenas a melhorar a vida humana, mas também a tornar usuários viciados em redes sociais e demais interações frente a plataformas e aplicações em geral, sendo necessário que os efeitos colaterais sejam estudados talvez até com mais intensidade que os efeitos planejados⁴⁸⁴, inclusive porque a formulação de jogos eletrônicos leva

⁴⁸¹ FOGG, B. J.; ECKLES, Dean, The Behavior Chain for Online Participation: How Successful Web Services Structure Persuasion, *in*: KORT, Yvone D. *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2017**, Cham: Springer, 2007, p. 199–209.

⁴⁸² ROSENFELD, Evan, How to Build a Persuasive Web Application, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2008**, Cham: Springer, 2008, p. 241–244.

⁴⁸³ FOGG, **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**, p. 16.

⁴⁸⁴ “Moreover, the intention behind the design of devices and software has been to induce addictive behavior. Features like auto-play, endless newsfeeds, notifications and ‘streaks’ (unbroken reciprocation of messages or image sharing) are, according to a number of former employees in the tech industry, deliberate attempts to maximize attention through microtargeting towards users, especially children, similar to the techniques used by the gambling industry. Web based services which have achieved network effects explicitly appeal to people’s ‘fear of missing out’ if they do not regularly check the app”. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, EDPS Opinion on online manipulation and personal data, p. 9.

em consideração o papel viciante de seus produtos⁴⁸⁵, assim como há estudos a apontar uma correlação negativa entre redes sociais e saúde mental e performance acadêmica⁴⁸⁶.

Além disto, é importante notar que elementos tecnológicos como videogames e redes sociais atuam na liberação de dopamina, causando anormalidades no córtex pré-frontal, levando um aumento de comportamentos arriscados em detrimento de outros mais “racionais”⁴⁸⁷, no plano filosófico, isso é percebido como a promessa dos *smartphones* de maior liberdade e que se tornou compulsão e restrição⁴⁸⁸.

Após o trabalho de FOGG, a literatura se expandiu de maneira extremamente variada, havendo estudos nos mais diversos campos a respeito de como as tecnologias persuasivas podem melhorar a vida humana e influenciar escolhas dos indivíduos⁴⁸⁹.

Deve-se notar ainda que a capacidade de evolução das técnicas publicitárias é incrementada quando utilizada em conjunto com técnicas de *machine learning* para tornar mais efetivas as mensagens e prová-las em diversos cenários, através de testes A/B⁴⁹⁰, além de utilização de imagens do cérebro em estudos de neuromarketing⁴⁹¹.

Também é de se notar a evolução da inteligência artificial no que diz respeito a trabalhos relacionados à linguagem natural (a maneira como nós, seres humanos, falamos quotidianamente), pois o “Projeto Debater” do Watson participa de discussões sem prévia programação fundando-se em uma massiva base de dados⁴⁹².

Assim, a visão sobre as aplicações futuras da inteligência artificial parece uma verdadeira mistura de panaceia com os piores pesadelos neoludistas:

A IA vai permitir, na era do Marketing Pós-digital, interpretar *posts* e interações nas redes sociais, gerando respostas em tempo real, ajustadas e automáticas; a interactividade total com as pessoas com fluidez de diálogo; as pessoas clicam, fazem perguntas, obtêm respostas; a mensagem publicitária vai ser totalmente adaptada à pessoa em causa; tudo será adaptável para o *mobile*; as mensagens comunicacionais passarão a ser *data-driven*, permitindo a publicidade nativa; ambiente conversacional

⁴⁸⁵ BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

⁴⁸⁶ HOU, Yubo *et al*, Social media addiction: Its impact, mediation, and intervention, **Journal of Psychosocial Research on Cyberspace**, v. 13, n. 1, 2019.

⁴⁸⁷ GREENFIELD, **A Day in the Life of the Brain**.

⁴⁸⁸ HAN, **In The Swarm**, p. 34–35.

⁴⁸⁹ Para uma análise do desenvolvimento da literatura, sugere-se a leitura dos artigos oriundos da Conferência Internacional de Tecnologias Persuasivas (PERSUASIVE) publicados anualmente pela editora Springer.

⁴⁹⁰ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers, p. 13; KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 81; O’NEIL, Cathy, **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**, Nova York: Crown, 2016; IDEA, **Digital Microtargeting: Political Party Innovation Primer 1**, p. 13; Pontuando que os testes A/B respondem apenas qual modelo funciona melhor e não os motivos disto, veja-se: BRIDGER, **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**.

⁴⁹¹ WÓLPE, Paul Root, Neuroprivacy and Cognitive Liberty, *in*: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.), **The Routledge Handbook of Neuroethics**, Nova York: Routledge, 2018.

⁴⁹² OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 67.

interativo, com *chatboxes*; a actual relação pergunta-resposta dos *chatbots*, entre o humano e a máquina, é transformada numa experiência exploratória, interactiva e adaptável. Através do NLP, *Natural Language Processing*, do Reconhecimento de Imagem e do *Machine Learning*, as máquinas vão compreender o contexto da linguagem, interpretar os estados de espírito do interlocutor, em vez de unicamente o conteúdo⁴⁹³. (itálicos no original)

Justamente por conta disto, a discussão sobre a ética nas tecnologias persuasivas e seus efeitos inesperados deve possuir um local privilegiado nos debates acadêmicos, dada a possibilidade de que o gênio, após sair da garrafa, não possa mais ser confinado.

Entretanto, a literatura a respeito das implicações éticas da utilização das tecnologias persuasivas não era muito explorada. A revisão de literatura elaborada por KIGHT e GRAM-HANSEN analisou 376 *papers* das conferências de tecnologia persuasiva (o corpo de pesquisa mais coerente sobre o tema) entre os anos de 2006 e 2018 e pontuou que apenas 23 artigos discutem o tema da ética com profundidade e que o assunto não é debatido desde 2013 nas conferências⁴⁹⁴.

BORGEFALK e LEON indicam que as tecnologias persuasivas podem servir para a exploração das vulnerabilidades biológicas e psicológicas dos indivíduos, inclusive através da elaboração de perfis psicológicos a fim de persuadir os usuários a um dado comportamento. Com base nisto, sustentam a necessidade de que o estudo das tecnologias persuasivas também abra campo para discussões interdisciplinares de governança e administração para a busca de soluções aos potenciais malefícios das tecnologias persuasivas⁴⁹⁵.

Exemplos de exploração das vulnerabilidades na tomada de decisão são fatores: i) “fisiológicos como dores crônicas, abuso de substâncias ou abstinência de sono” (tradução livre); ii) econômicos; iii) externos (como medo ou emergências); e iv) emocionais⁴⁹⁶.

Sinais de uma melhora parecem surgir a partir do momento em que, numa mesma conferência (os trabalhos foram apresentados na PERSUASIVE 2019), dois trabalhos discutindo os aspectos éticos das tecnologias persuasivas foram trazidos a lume, especialmente após a introdução da GDPR.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 72–73.

⁴⁹⁴ KIGHT, Raymond; GRAM-HANSEN, Sandra Burri, Do Ethics Matter in Persuasive Technology?, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2019**, Cham: Springer, 2019, p. 143–155.

⁴⁹⁵ BORGEFALK, Gustav; LEON, Nick de, The Ethics of Persuasive Technologies in Pervasive Industry Platforms: The Need for a Robust Management and Governance Framework, *in*: OINAS-KUKKONEN, Harri *et al* (Orgs.), **PERSUASIVE 2019**, Cham: Springer, 2019, p. 156–167.

⁴⁹⁶ FEREBEE, Susan; DAVIS, James, The Neural Persuasion Model: Aligning Neural Readiness, Perceived Need, and Intervention Strategies, *in*: BANG, Magnus; RAGNEMALM, Eva L. (Orgs.), **PERSUASIVE 2012**, Heidelberg: Springer, 2012, p. 181–192.

Ainda há de se rememorar que elaboramos nesta Tese um recorte específico sobre as tecnologias persuasivas, condicionando nosso estudo a: i) utilização de heurísticas e vieses na tomada de decisão; e ii) utilização de princípios de persuasão relacionados a traços de personalidade.

Como dito anteriormente, estes dois elementos não encerram as possibilidades derivadas das tecnologias persuasivas, mas, para nós, são os mais nocivos à livre tomada de decisão por parte do indivíduo.

Em resumo: i) o estudo das tecnologias persuasivas teve como grande marco o trabalho FOGG; ii) as tecnologias persuasivas estão relacionadas a qualquer meio de utilização da tecnologia para a alteração de comportamentos ou tomada de decisão; iii) os estudos iniciais das tecnologias persuasivas tinham como foco apenas os efeitos desejados pelo formulador da tentativa de persuasão; iv) em que pese este posicionamento inicial, crescem as preocupações com as implicações éticas das tecnologias persuasivas, abrangendo não apenas os resultados desejados, mas também indesejados; e v) para os efeitos desta Tese, exploraremos apenas dois modos de persuasão tecnológica, os quais são baseados em exploração de heurísticas e vieses e traços de comportamento em relação a princípios da persuasão.

Verificado um breve histórico de como as tecnologias persuasivas foram delineadas a partir da obra de FOGG, passaremos agora a analisar casos específicos de utilização das tecnologias em diferentes contextos.

2.1. Aproveitamento das heurísticas e vieses.

Um dos pontos mais notáveis da conjugação das teorias da persuasão com a tecnologia se encontra no aproveitamento de heurísticas e vieses. Como visto, os modelos de sistema dual são majoritariamente aceitos nas pesquisas a respeito da tomada de decisão.

Ambos os modelos adotam a possibilidade de utilização de heurísticas e vieses pelos indivíduos. Heurísticas são simplificações que utilizamos no cotidiano visando dispender esforço cognitivo apenas nas atividades que se fazem necessárias. Assim, a maioria dos indivíduos, quando ausentes fatores emocionais, acredita na opinião de um especialista sobre determinado assunto, ou assume que determinados produtos mais famosos são melhores que outros.

Os vieses, por sua vez, têm uma definição mais complexa. A palavra é utilizada de duas maneiras distintas, mas complementares. A primeira delas é mais próxima de nossa parcialidade

em relação a determinado assunto ou pessoa por questões emocionais, por exemplo⁴⁹⁷. Assim, a análise de um pai ou de uma mãe em relação aos filhos pode ser chamada de enviesada (este exemplo é uma heurística). Além disto, a palavra viés também é utilizada como desvios de racionalidade em geral, ainda que não estejamos emocionalmente envolvidos na questão. Deste modo, quando dizemos que atuamos com o viés do *status quo*, não se utiliza a palavra viés para descrever um envolvimento emocional, mas uma atitude de inércia perante atividades desinteressantes. Em síntese, o viés deriva de nossa subjetividade em relação a um objeto ou decisão ou ainda um desvio sistemático da racionalidade.

O interessante dos vieses e das heurísticas está no fato de que os equívocos deles provenientes são previsíveis, ou seja, a utilização de vieses e heurísticas não causa erros aleatórios⁴⁹⁸. Por conta disso, tecnologias persuasivas obtêm grande sucesso quando adequadas à exploração de tais fragilidades do indivíduo.

Uma heurística muito utilizada é a confiança no julgamento de terceiros⁴⁹⁹. Por conta disto, varejistas sempre disponibilizam espaços para comentários a fim de que os consumidores dos produtos relatem suas impressões sobre os bens adquiridos. Contudo, uma prática extremamente conhecida é a de simular pedidos e realizar falsos comentários ou ainda utilizar *bots* em redes sociais para simular a opinião de consumidores sobre uma determinada marca. O nome desta prática maliciosa é *astroturfing*⁵⁰⁰ e nem a própria FCC (*Federal Communications Commission*) conseguiu escapar dela durante a discussão sobre neutralidade de rede nos EUA⁵⁰¹.

No contexto brasileiro, há uma discussão a respeito de que a cantora Anitta teria se valido de meios artificiais para promover uma canção na plataforma Spotify, o que parece ser não apenas um evento de mobilização dos fãs, mas uma estratégia utilizada por diversos artistas de modo generalizado⁵⁰².

⁴⁹⁷ Este sentido da expressão foi utilizado em: PETTY; CACIOPPO, **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**, p. 115.

⁴⁹⁸ THALER, **Misbehaving**; KAHNEMAN, **Thinking, Fast and Slow**; ZAMIR; TEICHMAN, **Behavioral Law and Economics**.

⁴⁹⁹ CHAIKEN; LEDGERWOOD, **A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing**, p. 247.

⁵⁰⁰ OECD, **Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers**, p. 26; ALVES, **Direito publicitário: proteção do consumidor**, p. 254 e seguintes.

⁵⁰¹ AUGUGLIARO, Frank, **How Bots Broke the FCC's Public Comment System During the Net Neutrality Debate | WIRED**, *Wired*, disponível em: <<https://www.wired.com/story/bots-broke-fcc-public-comment-system/>>. acesso em: 28 jun. 2022.

⁵⁰² RAVACHE, Guilherme, **Opinião: Guilherme Ravache - Anitta "trapaceou" no Spotify tanto quanto outros grandes artistas**, disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/colunas/guilherme-ravache/2022/04/17/anitta-trapaceou-no-spotify-tanto-quanto-outras-grandes-artistas.htm>>. acesso em: 30 jun. 2022.

Isto funciona com base naquilo que SUNSTEIN chama de conformidade, que faz com que indivíduos deixem de confiar em suas próprias opiniões para se apoiar na maioria, ainda que possam ter ressalvas particulares⁵⁰³.

Outra heurística é a de que se deve levar em conta os custos incorridos para se chegar em determinado ponto e não desistir. O nome econômico que se dá a isso é custo irrecuperável (*sunk cost*). Imagine-se que A deseja se graduar em Direito e, por quatro anos, estuda com afinco. No quinto ano, A chega à conclusão de que se sente mais atraído pelo curso de Física. Após muito meditar, A decide finalizar o curso de Direito, ainda que não tenha a pretensão de seguir qualquer carreira jurídica.

Isto se dá porque A leva em consideração todo o tempo que dispendeu em sua formação, contudo, a menos que decida seguir uma carreira jurídica, todo este período foi perdido e não deveria ser levado em consideração na escolha entre abandonar o curso ou nele continuar.

Os custos perdidos podem ser utilizados pelas tecnologias persuasivas demonstrando ao usuário quanto tempo foi gasto em um dado serviço através de uma barra de progresso, por exemplo. Assim, o indivíduo que deseja encerrar um curso ou interromper uma prestação de serviços pode repensar sua escolha a partir de critérios que, objetivamente, não deveriam influenciar sua tomada de decisão.

Outros exemplos de *sunk costs* também se relacionam a técnicas de exposição de preços que podem ser altamente lesivas ao consumidor, tais como o *drip pricing* (no qual o fornecedor aumenta o preço durante o processo de compra inserindo custos além daqueles constantes na publicidade) e o *bait pricing* (no qual o fornecedor se utiliza de uma promoção atrativa, mas limitada em quantidade, para que os consumidores se dirijam ao seu estabelecimento)⁵⁰⁴.

Também extremamente conhecida (e utilizada dentro e fora do ambiente virtual) é a heurística de que fazemos cálculos a partir do valor das parcelas de um financiamento, ignorando o seu nível de endividamento, a taxa de juros, a possibilidade de inflação, perda de emprego e demais fatores que deveriam ser considerados em contratos a prazo.

Assim, o consumidor se foca simplesmente no valor de sua renda líquida frente ao valor da parcela que lhe é apresentada pelo fornecedor. Sistemas que permitem parcelamentos em diversas vezes com ou sem juros explícitos se aproveitam desta heurística para que o consumidor açodado apenas adquira o produto ou serviço sem levar em conta possibilidades futuras ou seu quadro geral de endividamento. Este ponto se relaciona, inclusive com o viés da

⁵⁰³ SUNSTEIN, **Conformity: The Power of Social Influences**.

⁵⁰⁴ OECD, *Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers*, p. 24.

confiança, no qual o consumidor crê que a probabilidade de um evento negativo (demissão, doença, acidentes etc.) ocorrer com ele é inferior à de outros indivíduos.

Não por outro motivo, a prevenção ao superendividamento busca tornar mais evidente ao consumidor os custos incorridos ao longo de um dado negócio jurídico⁵⁰⁵.

A relação entre as tecnologias persuasivas começa a se tornar mais interessante a partir do momento em que são inseridos vieses na análise dos casos. Embora não exista uma lista fechada de vieses, é extremamente usual a referências a vieses como o *status quo*.

Planos de renovação automática se aproveitam deste viés de maneira extremamente simples⁵⁰⁶. Imaginemos que A adquira uma assinatura semestral de uma dada revista. Ainda que tenha ciência de que não deseja renovar a assinatura, é provável que A se mantenha inerte e a assinatura se renove automaticamente, especialmente quando o período é demasiadamente largo. Caso A recebesse uma ligação periódica da editora da revista, provavelmente ocorreria o cancelamento.

Outra estratégia é a de oferecer ao usuário uma amostra grátis, que pode variar de sete a trinta dias. Na estratégia baseada em sete dias, presume-se que o indivíduo ainda não tomou conhecimento de todas as utilidades que o produto ou serviço lhe oferece e, em razão disso, deixa de fazer o cancelamento. No caso do prazo de trinta dias, a situação mais provável é a de que o usuário se esqueça do vencimento da assinatura e a renovação se opere automaticamente.

Além disto, opera-se aqui o efeito posse (*endowment effect*), de maneira que, uma vez que tenhamos tido contato com um produto ou serviço, passamos a valorizá-lo mais do que faríamos caso ele não estivesse à nossa disposição⁵⁰⁷.

Assim, as tecnologias persuasivas obtêm um êxito muito superior do que um indivíduo questionando o consumidor se quer ou não continuar com o plano de serviços após a expiração do prazo de amostra.

Da mesma forma, nos EUA, o *Federal Reserve Board* estabeleceu que as instituições financeiras passassem a se utilizar um modelo *opt-in* ao invés de *opt-out* no cheque especial (*overdraft protection*) visando mitigar vieses cognitivos do consumidor⁵⁰⁸.

Também é extremamente usual que o enquadramento dado aos produtos e serviços afete nossa percepção de sua utilidade. Pensemos na disposição do mesmo produto em três espécies distintas de volume: i) pequeno (300ml); ii) médio (500ml); e iii) grande (750 ml).

⁵⁰⁵ Cf. Art. 54 – A e seguintes do CDC.

⁵⁰⁶ SUNSTEIN, **Choosing not to choose: Understanding the Value of Choice**, p. 127.

⁵⁰⁷ ZAMIR; TEICHMAN, **Behavioral Law and Economics**.

⁵⁰⁸ SUNSTEIN, **The ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science**, p. 6.

Via de regra, a tendência dos indivíduos é considerar que o pequeno é pequeno demais, o grande é grande demais e optar pelo tamanho médio. Contudo, o mesmo padrão de consumo é registrado quando o consumidor tem à sua disposição a escolha de adquirir: i) pequeno (500ml); ii) médio (750ml); e iii) grande (1 litro).

Caso os consumidores respeitassem o princípio da reflexividade, a escolha majoritária se daria pelo tamanho pequeno neste novo exemplo, porém, estudos indicam que as pessoas continuam a preferir produtos de tamanho médio dado ao enquadramento da informação⁵⁰⁹, sendo que isto é confirmado pela análise emocional dada ao processo decisório a partir do enquadramento⁵¹⁰.

Assim, um *e-commerce* pode facilmente observar qual a quantidade ideal de produto a ser vendido e a qual preço, direcionando a escolha dos consumidores simplesmente através do enquadramento dado à nomenclatura dos tamanhos dos produtos.

A complexidade da informação transmitida também pode ser utilizada pelo fornecedor como meio de levar os consumidores a equívoco, dada a sua capacidade limitada de processamento de informação⁵¹¹.

Outro ponto relacionado aos sistemas duais se encontra no aproveitamento por parte dos fornecedores de compras realizadas com açodamento. Isto se dá principalmente em mecanismos de *compre com um click*, nos quais o fornecedor já possui as informações de crédito do consumidor e pode providenciar a venda com rapidez e resolvendo o problema de itens deixados no carrinho⁵¹².

Estes mecanismos evidentemente auxiliam o cotidiano dos usuários, mas carregam em seu bojo também o problema de facilitar o descontrole financeiro do consumidor, especialmente quando a aquisição se dá por conta da rota periférica.

Também é oportuno rememorar que os indivíduos possuem força de vontade limitada⁵¹³ e que, para WOOD, a persistência da publicidade pode até mesmo ser considerada manipulação⁵¹⁴. Isto significa que, após alguma resistência, somos levados a adquirir produtos que desejamos. Assim, o consumidor que é perseguido por publicidades em *displays* não

⁵⁰⁹ SOMAN, Dilip, **The Last Mile: Creating Social and Economic Value from Behavioral Insights**, Toronto: University of Toronto Press, 2012; EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice, **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**, Londres: Harvard University Press, 2016, p. 106.

⁵¹⁰ KANDEL *et al.*, **Principles of Neural Science**, p. 1056.

⁵¹¹ EISENBERG, Melvin A., Behavioral Economics and the Contract Law, *in: The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Londres: Oxford University Press, 2014, p. 438–464; EZRACHI; STUCKE, **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**, p. 108–109.

⁵¹² KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 79.

⁵¹³ EZRACHI; STUCKE, **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**, p. 110–111; ZAMIR; TEICHMAN, **Behavioral Law and Economics**.

⁵¹⁴ WOOD, Coercion, Manipulation, Exploitation, p. 38.

consegue, após muita resistência, deixar de adquirir o produto desejado, ainda que saiba que não possui renda suficiente para arcar com o gasto.

Por fim, deve-se ressaltar que uma das principais críticas às descobertas da economia comportamental diz respeito à impossibilidade de reprodução dos estudos em situações de mercado⁵¹⁵. A objeção é pertinente, contudo, a massiva implementação de *nudges* em políticas públicas talvez seja a solução para os testes de eficiência dos modelos que trabalham com heurísticas e vieses.

Assim, as tecnologias persuasivas podem se utilizar de seus variados recursos e conjugá-los com descobertas a respeito de heurísticas e vieses a fim de que os consumidores sejam dispostos em verdadeiro *campo minado* ao buscar realizar uma aquisição de produtos ou serviços.

2.2. Aproveitamento da personalidade e princípios da persuasão.

Ainda que a exploração de vieses e heurísticas seja em si mesma extremamente perigosa aos consumidores, a perfilização parece igualmente arriscada quando aliada a técnicas de persuasão. Perfis persuasivos (*persuasion profiles*) são “perfis que estimam os efeitos de estratégias de influência particulares em um indivíduo” (tradução livre)⁵¹⁶ e sua finalidade é a escolha da estratégia persuasiva adequada⁵¹⁷, podendo adaptar meios ou fins quando se tratar de tecnologias persuasivas adaptativas⁵¹⁸.

Há uma verdadeira obsessão pelo conhecimento do consumidor,

(...) há necessidade de ter um conhecimento 360º do consumidor.

Mais do que o seu perfil, há que tentar conhecer a sua identidade enquanto pessoa, avaliando as interações, as transações e respostas às iniciativas promocionais e de marketing, as suas afiliações e o sentimento perante o produto, a marca e a empresa, nos diversos contextos e ambientes em que se mova⁵¹⁹.

Embora se possa argumentar que se cuida de conhecer o cliente, fato é que sociedades empresárias são voltadas ao lucro e não à beneficência. De maneira que, mesmo as mais apaixonadas defesas de melhor atendimento do consumidor não podem nublar o fato de que, ao

⁵¹⁵ CHORVAT; MCCABE; SMITH, *Law and Neuroeconomics*, p. 8.

⁵¹⁶ KAPTEIN, Maurits; ECKLES, Dean, *Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling*, in: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.), **PERSUASIVE 2010**, Berlim: Springer-Verlag, 2010, p. 83.

⁵¹⁷ HELBERGER, Natali, *Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law*.

⁵¹⁸ KAPTEIN; ECKLES, *Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling*, p. 85.

⁵¹⁹ OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 117.

fim e ao cabo, trata-se de uma relação de consumo objetivando a venda de um produto ou serviço.

Dentro do campo das tecnologias persuasivas, isto tem sido feito a partir da conjugação de duas espécies de recursos: i) utilização de perfis psicográficos; e ii) utilização de técnicas de persuasão.

A elaboração de perfis de persuasão e mensagens persuasivas se utiliza de pesquisas no campo das Ciências Sociais, especialmente da Psicologia. Ao longo das pesquisas, descobriu-se que determinados traços de personalidade são mais ou menos suscetíveis a determinadas estratégias persuasivas⁵²⁰, ou seja, há estratégias com maior probabilidade de sucesso de acordo com o perfil do alvo.

KAPTEIN, MARKOPOULOS, RUYTER e AARTS consideram que os sistemas que se utilizam de perfis de persuasão devem possuir quatro requerimentos: (i) identificação (capacidade de identificar os usuários); (ii) representação (capacidade de utilizar diferentes princípios de persuasão de acordo com o usuário); (iii) medição (*measurement*) (capacidade de medir o comportamento do receptor da mensagem através de alguma métrica pré-estabelecida); e (iv) herança única (*single inheritance*) (capacidade de que as mensagens individualizadas se relacionem exclusivamente a um único princípio da persuasão)⁵²¹.

Estes perfis de persuasão são utilizados para a elaboração da já mencionada publicidade comportamental, na qual é possível utilizar inteligência artificial para “customizar anúncios para mirar em usuários específicos em contextos particulares”⁵²². O risco desta prática é a criação de desejos nos consumidores que não existiriam caso tais técnicas não fossem empregadas⁵²³.

Assim, boa parte da literatura a respeito das tecnologias persuasivas está focada nos *BIG FIVE/OCEAN*⁵²⁴ e nos seis princípios da persuasão de CIALDINI⁵²⁵.

⁵²⁰ KAPTEIN *et al*, Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² MANHEIM; KAPLAN, Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy.

⁵²³ “(...) data fusion and analytics reveal deeply personal and granular detail about each ‘data subject,’ which is then used to micro-target and emotionally influence what should be a deliberative, private, and thoughtful choice. This process of psychometric profiling uses quantitative instruments to manipulate behaviors. Free will is the obstacle here, which AI can help overcome.” *Ibid.*

⁵²⁴ GOSLING, Samuel D.; RENTFROW, Peter; SWANN JR., William B., A very brief measure of the Big-Five personality domains. *Journal of Research in Personality*, v. 37, p. 504–528, 2003.

⁵²⁵ CIALDINI, *Influence: Science and Practice*.

Note-se, porém, que a utilização de mais de um princípio de persuasão por vez parece não surtir o mesmo efeito que o manejo de um único princípio por tentativa de persuasão, sendo recomendada a utilização de apenas um princípio por vez⁵²⁶.

Também é interessante notar que um teste psicográfico com maior quantidade de elementos de avaliação pode ser mais acurado para a inclusão de um indivíduo em determinado perfil, mas isso não significa que testes menores não possam atender às necessidades dos pesquisadores ou fornecedores⁵²⁷.

Em todo caso, a tendência é de que, com a evolução da biotecnologia e da tecnologia da informação, chegará o momento em que um dado conjunto de algoritmos poderá “monitorar e entender” (tradução livre) os sentimentos humanos melhor que o próprio indivíduo⁵²⁸.

ORJI, MANDRYK e VASSILEVA realizaram pesquisa dos princípios da persuasão de CIALDINI com base em 1.108 participantes recrutados por meio da ferramenta *Amazon Mechanical Turk* (serviço no qual indivíduos recebem oferta de dinheiro para a prática de um determinado trabalho) e os resultados indicam que: i) o princípio da autoridade não é um dos melhores princípios de persuasão, assim como não possui grandes diferenças em relação à idade e gênero dos indivíduos; ii) a reciprocidade não é utilizada regularmente em tecnologias persuasivas por conta da dificuldade de sua implementação, mas possui maior influência sobre mulheres; iii) a escassez possui maior efeito com jovens adultos do que entre adultos; iv) o compromisso possui maior efeito sobre mulheres e adultos; v) o consenso (prova social) também possui maior efeito sobre mulheres; e vi) o gosto não possui diferença de aderência por questão de gênero ou idade⁵²⁹.

A pesquisa de KOBAYASHI, ISHIKAWA e MINAMIKAWA analisou a correlação entre os *Big Five* e as publicidades baseadas nestes perfis comportamentais. Para isso, conduziram um questionário com 3.365 participantes a fim de compreender seus traços de personalidade e, após, elaboraram anúncios baseados nos traços de personalidade analisados e questionaram os usuários a respeito destes anúncios em uma escala de 2 a 0 quanto à concordância do usuário com a publicidade. Os resultados indicaram que os *Big Five* possuem correlação positiva com a avaliação dos anúncios, especialmente quando os usuários possuem

⁵²⁶ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 135–153.

⁵²⁷ GOSLING; RENTFROW; SWANN JR., A very brief measure of the Big-Five personality domains.

⁵²⁸ HARARI, **21 Lessons for the 21st Century**.

⁵²⁹ ORJI; MANDRYK; VASSILEVA, Gender, Age, and Responsiveness to Cialdini’s Persuasion Strategies.

traços de abertura (*openness*) e extroversão. Por outro lado, o estudo não localizou efetiva importância dos vieses cognitivos em relação aos *Big Five*⁵³⁰.

A pesquisa de CIOCARLAN, MASTHOFF e OREN analisou a correlação entre os princípios da persuasão baseados no trabalho de CIALDINI com tipos de personalidade, idade e gênero. O experimento foi realizado com 130 participantes, dos quais 79 eram mulheres e 51 homens. Além disto, a idade variou entre 18 e 70 anos. Os participantes então responderam um questionário que permitiu que a análise de seus traços de personalidade, além de um jogo eletrônico no qual eles deveriam escolher auxiliar um dentre seis pedidos de ajuda (os quais correspondiam aos seis princípios da persuasão de CIALDINI). De um modo geral, os participantes responderam melhor aos princípios da semelhança (*liking*) e reciprocidade (*reciprocity*) e menos aos princípios de autoridade, prova social e compromisso. No que diz respeito ao gênero, a pesquisa indica que não há diferenças significativas quanto aos princípios de persuasão, embora as mulheres sejam menos persuadidas pelo princípio da escassez.

Quanto à idade, o princípio da autoridade parece ser mais eficaz à medida que os indivíduos envelhecem e o princípio do compromisso (*commitment*) perde força, embora as correlações apresentadas sejam fracas ($p < 0.01$ em ambos os casos)⁵³¹.

A pesquisa de MATZ, KOSINSKI, NAVE e STILLELL se baseou em 3.5 milhões de perfis de usuários do Facebook através de seus *likes* e da elaboração de publicidades baseadas nos dados psicológicos inferidos destes *likes*⁵³². Desta maneira, os autores realizaram três estudos, cujos principais pontos foram os seguintes:

- i) no primeiro estudo, os autores elaboraram publicidades personalizadas baseadas em perfis extrovertidos e introvertidos pelo período de 7 dias e que alcançaram 3.129.993 usuários do Facebook. Diante destas publicidades, a chance de compra quando o anúncio é congruente com a personalidade do usuário (indivíduo extrovertido frente a publicidade destinada a pessoa extrovertida) aumenta em 1,54 vez a chance de sucesso de que o usuário venha a comprar;
- ii) No segundo estudo, os autores se utilizaram de publicidade relacionada à abertura (*openness*) do usuário pelo período de 12 dias nas redes Facebook, Instagram e Audience Networks e que alcançaram 84.176 usuários. Neste caso, os usuários com menor abertura tiveram maior receptividade quando o anúncio foi congruente com

⁵³⁰ KOBAYASHI; ISHIKAWA; MINAMIKAWA, A Study on Effect of Big Five Personality Traits on Ad Targeting and Creative Design.

⁵³¹ CIOCARLAN; MASTHOFF; OREN, Actual Persuasiveness: Impact of Personality, Age and Gender on Message Type Susceptibility.

⁵³² MATZ *et al*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion.

sua personalidade, ao passo que não houve grande variação no caso de indivíduos com maior abertura; e

- iii) O terceiro estudo se baseou no direcionamento de publicidade destinada a jogo eletrônico com base em likes anteriores sobre jogos similares pelo período de 7 dias e que alcançou 534.250 usuários. Neste caso, a taxa de conversão foi 1,3 vez maior quando a publicidade se baseou no perfil psicológico e comportamento anterior do usuário.

Além destes dados, o humor pode ser uma variável de grande interesse para os fornecedores, pois usuários de “bom humor” são mais suscetíveis a utilizar heurísticas do que indivíduos de “mau humor”⁵³³

A pesquisa de ADAJI, OYIBO e VASSILEVA buscou analisar a importância da autenticidade (*uniqueness*) para os consumidores, de modo que foram recrutados 183 usuários de internet que se utilizam do comércio eletrônico por meio do AMT (*Amazon Mechanical Turk*). Com base nesta amostra, os pesquisadores averiguaram a importância da autenticidade frente a outros princípios estabelecidos por CIALDINI, tais como a reciprocidade, escassez, autoridade, compromisso, semelhança e consenso. Dentro deste quadro, a pesquisa revelou que, dentro da amostra selecionada, a autenticidade explicava 22% da intenção de continuidade (*continuance intention*)⁵³⁴.

KAPTEIN, MARKOPOULOS, RUYTER e AARTS elaboraram mensagens personalizadas em três casos a fim de avaliar a utilidade das tecnologias de persuasão. O primeiro dos testes buscava evitar que o receptor da mensagem comesse alimentos não saudáveis fora da hora das refeições (*snacking*). Para isto, utilizou-se doze mensagens diferentes baseadas em princípios de persuasão como autoridade, consenso, compromisso e escassez. As mensagens eram enviadas aos usuários de acordo com uma das três versões: (i) versão personalizada (utilizando os princípios da persuasão que foram julgados mais adequados a cada indivíduo); (ii) versão contra-personalizada (utilizando os princípios da persuasão menos adequados); e (iii) versão randomizada (utilizando uma das doze mensagens elaboradas sem qualquer critério de escolha). O período de avaliação foi de duas semanas, sendo que a primeira foi destinada à captura e tratamento de dados pessoais fornecidos pelos próprios usuários e a segunda foi destinada à utilização de técnicas de persuasão personalizada por meio de mensagens de texto. Os resultados indicaram que os indivíduos que receberam mensagens

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ ADAJI; OYIBO; VASSILEVA, Consumers' Need for Uniqueness and the Influence of Persuasive Strategies in E-commerce.

personalizadas ou randomizadas consumiram menos alimentos não saudáveis entre as refeições, sendo que a maior taxa de sucesso foi a das mensagens personalizadas⁵³⁵.

Também se utilizou mensagens personalizadas para incentivar usuários enviar dados de suas atividades físicas para uma plataforma que avaliava e incentivava os participantes a adotarem um estilo de vida mais saudável. Desta vez, ao invés de solicitar aos usuários informações para a elaboração do perfil de persuasão, utilizou-se o próprio sucesso das mensagens (envio dos dados pelo usuário) como métrica do sucesso ou fracasso de uma tentativa de persuasão. Ou seja, o perfil foi construído ao longo do experimento. Também neste teste, as mensagens personalizadas obtiveram maior êxito do que as não personalizadas⁵³⁶.

A pesquisa de HALKO e KIENZ teve 240 participantes com recrutamento no *Amazon Mechanical Turk* e contrapôs os *Big Five* a estratégias persuasivas voltadas a argumentos autoritários, não autoritários, motivações extrínsecas e intrínsecas, reforço positivo e negativo e persuasão competitiva e cooperativa. Curiosamente, o estudo encontrou mais correlações negativas do que positivas, indicando que os indivíduos sabiam mais do que não gostavam do que aquilo que eventualmente apreciavam⁵³⁷.

Por fim, houve experimento através do envio de e-mails para clientes de uma agência de viagens, hipótese na qual também se verificou que as mensagens adaptativas ao comportamento do usuário obtiveram maior sucesso⁵³⁸.

Há uma certa discussão sobre o motivo das mensagens adequadas a determinados perfis têm maior sucesso. A primeira teoria diz respeito à correspondência dos argumentos e a percepção de que eles são melhores justamente porque correspondem ao que o indivíduo espera. A segunda teoria aduz que os argumentos correspondentes são objeto de um processamento mais cuidadoso por parte do receptor da mensagem⁵³⁹.

Particularmente, tendemos a concordar com a primeira teoria, pois parece mais consistente com o que se pode esperar de um indivíduo que está processando informações em rota periférica/Sistema 1. Ao ouvir algo com o qual concorda, não é necessário maior dispêndio de energia, sendo que justamente o oposto ocorre quando uma dada tentativa de persuasão parece contrária ao nosso tipo de personalidade ou convicção preestabelecida.

⁵³⁵ KAPTEIN *et al*, Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ HALKO; KIENZ, Personality and Persuasive Technology, p. 150–161.

⁵³⁸ KAPTEIN *et al*, Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles; No mesmo sentido: O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 80.

⁵³⁹ O'KEEFE, **Persuasion: Theory and Research**, p. 82–83.

Cumprer informar que uma crítica metodológica pertinente a respeito da literatura sobre a efetividade da persuasão psicológica (*psychological persuasion*) é conduzida em pequena escala, o que compromete a validação de seus resultados⁵⁴⁰.

Sobre a quantidade de indivíduos analisados, é realmente temerário generalizar os estudos e, não raras vezes, as discrepâncias entre os métodos impedem a realização de uma metanálise cientificamente robusta. Cumprer também apontar que estudos com base em indivíduos contratados por meio do *Amazon Mechanical Turk* podem comprometer a validade científica dos experimentos, pois se trata de uma plataforma de intermediação entre ofertantes e demandantes de serviços.

Igualmente, há diversas complicações oriundas de estudos acadêmicos e sua aplicação no *mundo real*, aqui, há de se rememorar que se trata dos mesmos problemas já mencionados em relação à economia comportamental⁵⁴¹.

A dificuldade de se analisar com precisão se estudos em laboratório ou por meio de estudantes universitários e terceiros contratados para responder questionários leva a conclusões que possam ser extrapoladas para relações efetivas entre indivíduos é notória, especialmente quando os estudos apresentam discrepâncias em seus resultados.

Outra possível objeção decorre de uma análise de 80 artigos relacionados a publicidade comportamental elaborada por VARNALI indica que a literatura especializada se divide em uma “estrutura de três camadas”: i) “questões éticas e regulatórias”; ii) otimização do “bem-estar dos participantes do sistema”; e iii) análise de efetividade de uma dada campanha⁵⁴².

A análise de VARNALI indica que, a depender do quadro fático, a publicidade comportamental pode não superar a publicidade tradicional para os anunciantes e criadores de conteúdo, sendo que as variáveis indicadas são: i) nível de competitividade do mercado; ii) nível de customização; iii) heterogeneidade do consumidor em relação aos públicos-alvo; e iv) estratégias de precificação dos competidores⁵⁴³.

Por outro lado, uma revisão dos resultados conduzida por HAMARI, KOIVISTO e PAKKANEN em relação às tecnologias persuasivas apresentada em 2014 destaca que os estudos apontam resultados positivos em 54,7% de 52 estudos e resultados parcialmente positivos em 37,9% de 36 estudos⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ MATZ *et al*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion.

⁵⁴¹ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 159 e 200 e seguintes.

⁵⁴² VARNALI, Online behavioral advertising: An integrative review.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ HAMARI; KOIVISTO; PAKKANEN, Do Persuasive Technologies Persuade? - A Review of Empirical Studies.

De um modo simples, não há (ainda) como se comprovar efetivamente que a conjugação de perfis psicológicos e princípios da persuasão seja superior à publicidade direcionada de modo genérico, contudo, também não é possível comprovar o oposto. Apenas as plataformas poderiam, de modo efetivo, responder a tais questionamentos com uma massiva abertura de dados. Isto, porém, não parece ser uma probabilidade muito factível no futuro próximo.

Contudo, também se deve levar em conta que o caso da Cambridge Analytica parece ter dado indícios razoáveis de que o microdirecionamento possui efetivamente algum poder persuasivo, ainda que utilizado em um contexto no qual a racionalidade se encontra mais distante do que poderia ser esperado em relações de consumo.

Em resumo: i) diversos estudos apontam que há correlação entre tipos de personalidade e princípios da persuasão; ii) as respostas dos usuários com base em seu comportamento prévio e em dados de personalidade são efetivamente relevantes e podem ser utilizadas pelas tecnologias persuasivas para endereçar tentativa de persuasão aos usuários com maior chance de êxito; iii) porém, estas conclusões são obtidas por meio de estudos em que há poucos participantes ou ainda conduzidos em laboratório com a participação de estudantes universitários ou por meio de terceiros contratados para responder questionários, o que interfere em sua universalização; e iv) a despeito da impossibilidade de efetiva comprovação do sucesso de estratégias persuasivas baseadas na conjugação de perfis psicográficos e princípios de persuasão, é possível acreditar que há indícios suficientes para que sejam levantadas as mais diversas preocupações.

3. Estamos criando uma bala mágica 4.0?

Um questionamento pertinente pode nos levar a notar uma certa semelhança entre a teoria da bala mágica e as tecnologias persuasivas. Como vimos, a teoria da bala mágica aponta que, para um auditório não diversificado, a estratégia persuasiva penetra e influencia os destinatários sem grandes esforços.

Quando passamos a discutir as tecnologias persuasivas, passamos a discutir desvios sistemáticos de racionalidade (portanto, generalizáveis) e técnicas voltadas a perfis psicográficos dos usuários. Os estudos analisados indicam que a utilização de tais técnicas possui efeito sobre os indivíduos.

O que isso significa senão uma versão 4.0 da teoria da bala mágica?

Ao invés do auditório homogêneo, trabalhamos aqui desvios de racionalidade homogêneos ou com traços de personalidade, segmentando os usuários em grupos menores.

Em relação à mensagem publicitária que simplesmente altera comportamentos, aludimos a uma maior probabilidade de que os indivíduos alterem seus comportamentos.

Neste sentido é uma crítica elaborada por GAL e SIMONSON a respeito dos limites da predição de comportamento de consumidores por métodos de *machine learning*. A premissa dos autores é a de que os consumidores não possuem preferências estáveis e que os modelos necessitam pressupor justamente uma certa estabilidade de comportamento⁵⁴⁵.

Além disto, os autores argumentam que o aumento de predição de comportamento está mais relacionado ao aumento de dados relevantes do que à tecnologia utilizada e que, em dadas situações, o direcionamento da publicidade pode levar o fornecedor a deixar de ter contato com possíveis clientes excluídos do direcionamento⁵⁴⁶.

Mesmo no caso Cambridge Analytica, os autores entendem que os efeitos do microdirecionamento podem ter sido superestimados comparando-os a outros estudos referentes a persuasão por meio de mensagens direcionadas e que os dados utilizados não seriam bons preditores de disposição de voto em um ou outro candidato⁵⁴⁷.

Embora o artigo de GAL e SIMONSON tenha vários méritos, algumas questões precisam ser bem pontuadas. O fato de que os consumidores não possuam preferências estáveis não significa que, ao menos durante um certo período, permaneçam com as mesmas preferências. Do mesmo modo, os modelos podem ser adaptados para incorporar as mudanças levadas a cabo pelos consumidores.

Contudo, o ponto central da crítica que fazemos ao artigo é que a utilização de mensagens persuasivas não está voltada a predizer o comportamento de um indivíduo, mas de persuadi-lo. Noutras palavras, a principal finalidade do microdirecionamento nas campanhas eleitorais é fazer com que eleitores votem ou deixem de votar a partir de uma tentativa de persuasão elaborada a partir de seus dados pessoais (considerando aqui o modelo de voto facultativo norte-americano).

Assim, a questão não é predizer um comportamento, mas alterá-lo de acordo com a vontade do emissor da mensagem. Evidentemente, a predição tem um papel importante no que tange à seleção do destinatário da mensagem, porém, não é a escolha do indivíduo que está em jogo nas tecnologias persuasivas baseadas em traços de personalidade, mas sua capacidade de resistir à tentativa de persuasão.

⁵⁴⁵ GAL, David; SIMONSON, Itamar, Predicting consumers' choices in the age of the internet, AI, and almost perfect tracking: Some things change, the key challenges do not, **Consumer Psychology Review**, v. 00, p. 1–18, 2020.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*

Desta maneira, não é desarrazoado suspeitar que, efetivamente, as pesquisas sobre tecnologias persuasivas ainda estão sob o efeito de um certo *pensamento mágico*, sendo que maiores estudos provavelmente irão *desencantar* as tecnologias persuasivas, tornando nus os limites de tais meios de convencimento.

Contudo, isto também não significa que uma análise voltada apenas a um aspecto do tratamento de dados pessoais (predição) possa se espriar a outras áreas (persuasão) como se não houvesse uma diferença fundamental entre um e outro objetivo.

Portanto, ainda há um caminho a ser trilhado para que se possa dar uma palavra final sobre as tecnologias persuasivas, especialmente aquelas baseadas em traços de personalidade e princípios da persuasão, sendo muito prematuro um diagnóstico final.

4. Considerações finais da Parte II

Nesta Parte II da Tese, observamos a transição da publicidade por meio da mídia de massa e o ingresso dos aportes da Psicologia e das TICs na publicidade, permitindo então a segmentação do público-alvo e maior controle sobre a transmissão e recepção das estratégias persuasivas.

Neste cenário, as tecnologias persuasivas apresentam importância ímpar, visto que possuem qualidades que são impensáveis à pessoa natural, inclusive por conta de massiva exploração de heurísticas e vieses, bem como de traços de personalidade.

Ainda no mesmo traçado, cumpre notar que a literatura sobre a conjugação dos princípios da personalidade de CIALDINI e o modelo de cinco fatores de personalidade têm sido objeto de amplo escrutínio pelos pesquisadores, embora ainda não seja possível afirmar de modo categórico que tal conjugação possui efeitos generalizáveis sobre os indivíduos.

Contudo, também é de se notar que a estratégia foi amplamente utilizada nos já citados casos do Brexit e da Cambridge Analytica, de maneira que é possível notar fortes indícios de que a propaganda ou a publicidade direcionada a traços de personalidade pode ser extremamente perigosa no campo da tomada de decisão.

Isto deve ser visto *cum grano salis* (com moderação), posto que, dada a novidade do tema, ainda não é possível *desencantar* as tecnologias persuasivas e ter uma adequada noção de seus riscos e potenciais benéficos à sociedade.

Noutras palavras, boa parte da sorte das tecnologias persuasivas, especialmente aquelas relacionadas à conjugação de traços de personalidade e estratégias persuasivas ainda está em

um estágio no qual não é possível, com grau razoável de certeza, aferir toda a sua potencialidade. Noutras palavras, *non liquet* (não está claro).

Como havíamos pontuado na introdução, o fato de não estarem claros todos os potenciais das tecnologias persuasivas não tornam inverificável a busca pela existência ou inexistência de um direito fundamental à livre tomada de decisão, sendo possível sua existência de modo independente à comprovação de perigos oriundos das tecnologias persuasivas.

Assim, cumpre agora notarmos qual deve ser a resposta do ordenamento jurídico a esta prática.

Parte III: Por um direito fundamental à livre tomada de decisão

1. Dignidade da pessoa humana e liberdade

O objetivo deste capítulo é discutir a dignidade da pessoa humana sob o recorte da liberdade. Isto se dá porque seria impossível e ineficiente repassar a insuperável bibliografia sobre o tema sem que o leitor questionasse a pertinência de tantos pormenores em relação à discussão sobre as tecnologias persuasivas e a livre tomada de decisão.

Ainda dentro do espectro da liberdade, não será aqui o local para nos aprofundarmos em temas como o biodireito, o aborto ou mínimo existencial como requisito indispensável para o exercício concreto da liberdade.

Nosso recorte se dá sobre a liberdade enquanto exercício de vontade e o resguardo da capacidade deliberativa do indivíduo em sua tomada de decisão, de modo que os temas acima apresentados são mencionados apenas lateralmente e com o objetivo de alcançar a análise do recorte proposto. Assim, infelizmente, por escaparem do tema desta Tese, não poderão ser aprofundados nesta oportunidade.

Como se sabe, a dignidade da pessoa humana possui um papel central na discussão sobre os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se trata de um conceito de simples intuição vulgar (cada um possui sua própria noção de dignidade)⁵⁴⁸. Contudo, enquanto assume esta relevância e (aparente) simplicidade, seu conteúdo, aplicação concreta e a própria qualidade de

⁵⁴⁸ “Apesar do grande apelo oral e espiritual da expressão, sua vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções.” BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**, p. 273; Em sentido similar, sobre as arbitrariedades que podem decorrer por conta das diferentes concepções de dignidade: CAMACHO, Walter Gutiérrez; SACIO, Juan Manuel Sosa, Artículo 1, *in*: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.), **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**, 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1, p. 37.

direito⁵⁴⁹ e/ou de princípio⁵⁵⁰ permanecem como mistérios sobre os quais os mais variados juristas se debruçaram⁵⁵¹.

Além disto, ainda que tenha havido esforços de doutrinadores de todos os cantos do planeta, pouco se pode dizer a respeito da dignidade da pessoa humana que possa se aproximar de um consenso absoluto, embora seja possível, à luz de análises comparadas, buscar um conteúdo mínimo⁵⁵², sendo oportuno notar que a unanimidade não seria esperável dentro de um conceito que abarca diversas culturas⁵⁵³.

Em todo caso, a dignidade da pessoa humana é um conceito base no constitucionalismo contemporâneo estando presente nas Constituições da América Latina, tais como a brasileira⁵⁵⁴, boliviana⁵⁵⁵, colombiana⁵⁵⁶, equatoriana⁵⁵⁷, mexicana⁵⁵⁸ e peruana⁵⁵⁹, por exemplo.

⁵⁴⁹ Defendendo a dignidade da pessoa humana como direito, veja-se: MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin, **Direitos Fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 153.

⁵⁵⁰ HUFEN, Friedhelm, **Staatsrecht**, 8. ed. Munique: C. H. Beck, 2020, p. 134–135.

⁵⁵¹ NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, p. 23; HÄBERLE, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 46.

⁵⁵² SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, p. 16; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 272; KIRSTE, Stephan, A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito, *in*: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 179; Sustentando a possibilidade de elementos suficientes para um “conteúdo mínimo”: BARROSO, Luís Roberto, **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 111.

⁵⁵³ HÄBERLE, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 79.

⁵⁵⁴ Cf. Art. 1º, III, da Constituição Federal.

⁵⁵⁵ Cf. Art. 9º(2): “Artículo 9º. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: (...) 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.”

⁵⁵⁶ Cf. Art. 1º da Constituição colombiana: “ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

⁵⁵⁷ Cf. Art. 11(7) da Constituição do Equador: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos Internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.”

⁵⁵⁸ Cf. Art. 1º da Constituição mexicana: “Artículo 1º (...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

⁵⁵⁹ Cf. Art. 1º da Constituição peruana: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

No plano europeu, também há expressas previsões a respeito da dignidade da pessoa humana como na Constituições alemã⁵⁶⁰, espanhola⁵⁶¹, italiana⁵⁶² e portuguesa⁵⁶³, por exemplo.

Sem a pretensão de esgotar as previsões, não é de se olvidar que menções à dignidade da pessoa humana também encontram destaque na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU⁵⁶⁴, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o famoso Pacto de São José da Costa Rica)⁵⁶⁵, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁶⁶ e na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos⁵⁶⁷, por exemplo.

Como pontua HILGENDORF, as expressões Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana são utilizados com significados extremamente diversos e que podem levar a conclusões variadas⁵⁶⁸, não sendo possível dessumir uma delimitação unívoca e muito menos uma aplicação certa. Por isto toda a polémica que circunda a inserção da dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais como um conceito de aplicação prática⁵⁶⁹.

De todo modo, sabe-se que, como todos os Direitos Humanos, seu nascedouro se encontra na injustiça⁵⁷⁰, que atua como força negativa para a produção de um novo estado de coisas que lhe serve de síntese. Neste aspecto, a Constituição alemã inicia seu texto com a declaração sobre a dignidade da pessoa humana em clara oposição ao histórico então recente do nacional socialismo⁵⁷¹.

⁵⁶⁰ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 218.

⁵⁶¹ Cf. Art. 10(1) da Constituição espanhola: “Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁵⁶² Cf. Art. 3º da Constituição italiana: “Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali (...)”

⁵⁶³ Cf. Art. 1º da Constituição portuguesa de 1976: “Princípios fundamentais Artigo 1.º República Portuguesa Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

⁵⁶⁴ Cf. Art. 1º da DUDH: “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.”

⁵⁶⁵ CF. Art. 5º(2) da CADH: “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

⁵⁶⁶ Cf. Art. 1º da CDFUE: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”

⁵⁶⁷ Cf. Art. 5º da CADHP: „Artigo 5º Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.”

⁵⁶⁸ HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 368.

⁵⁶⁹ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 218.

⁵⁷⁰ HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 366; LAMPE leciona que a história dos direitos de personalidade se inicia contra a violação do corpo, por exemplo. LAMPE, *Persönlichkeit, Persönlichkeitssphäre, Persönlichkeitsrecht*, p. 89; VASCONCELOS, Pedro Pais de, **Direito de Personalidade**, Coimbra: Almedina, 2019, p. 65; HÄBERLE, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 47; KIRSTE, A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito, p. 180.

⁵⁷¹ Cf. Art. 1º (1) da Constituição alemã: „(1) A dignidade do homem é inviolável. Dela respeitar e proteger é dever de todo poder estatal” (tradução livre). No original: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten

Mesmo sendo evidente o motivo a levar diversos países a disporem de modo tão claro sobre a dignidade da pessoa humana, parece importante questionar de onde vem esta dignidade e de que maneira ela pode nos auxiliar a os identificar limites conceituais e de sua aplicação em relação ao exercício da liberdade e especialmente à livre tomada de decisão⁵⁷².

Há várias formas de se sustentar a dignidade da pessoa humana, porém, algumas não fazem sentido dentro de um Estado laico adotado majoritariamente nos Estados do Ocidente. Assim, soluções que poderiam dar cabo da questão atreladas à nossa herança judaico-cristã devem ser interditadas, não bastando indicar que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus⁵⁷³.

No plano estritamente normativo, o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana num Estado laico deve advir de uma vontade do Constituinte ou de sua incorporação por meio da adesão a um tratado, mas investigar quais são os motivos que amparam uma disposição deste jaez não são tão simples como pode parecer. Visto que não há grande debate a respeito da inserção de um dispositivo tão vago. Progressistas e conservadores, comunistas e libertários, religiosos e ateus poderiam, sem grande discussão, anuir à inserção de um dispositivo referente à dignidade da pessoa humana.

Por conta disto, um pequeno recurso à sua justificativa filosófica mais famosa talvez nos esclareça alguns pontos mais obscuros.

No contexto geral, a dignidade da pessoa humana tem forte base na *Metafísica dos Costumes* de KANT⁵⁷⁴, da qual os juristas se apropriaram da fórmula de que seres humanos devem ser tratados como fins em si mesmos e não como coisas (a chamada fórmula do objeto – *Objektformel*, ou ainda proibição de instrumentalização - *Instrumentalisierungsverbot*)⁵⁷⁵. Neste sentido:

und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 370; EPPING; LENZ; LEYDECKER, **Grundrechte**, p. 302.

⁵⁷² Na prática, contudo, a dignidade da pessoa humana aparece mais como apoio argumentativo e poucas vezes atua de modo direto. NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, p. 81.

⁵⁷³ Entre outros problemas do esforço de conceituar a dignidade da pessoa humana, NOVAIS ressalta a necessidade de que o conceito seja secular. *Ibid.*, p. 26.

⁵⁷⁴ HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 368; ZIPPELIUS, Reinhold, *Konkretisierungen des Persönlichkeitsrechts in der neueren Verfassungsentwicklung*, in: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.), **Personlichkeit, Familie, Eigentum**, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987, p. 106; SACHS, **Verfassungsrecht - Grundrechte**, p. 220; NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, p. 45 e seguintes; SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, p. 35; KIRSTE, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 179; BARROSO, **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**, p. 68 e seguintes.; HUFEN, **Staatsrecht**, p. 131.

⁵⁷⁵ ZIPPELIUS, *Konkretisierungen des Persönlichkeitsrechts in der neueren Verfassungsentwicklung*, p. 108; PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Schutz der Persönlichkeitsrechte?*, in: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.), **Personlichkeit, Familie, Eigentum**, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987, p. 121; NOVAIS, Jorge Reis, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e**

A ideia de livre desdobramento (*Entwicklung*) e desenvolvimento da personalidade também desempenhou um papel central no liberalismo e no idealismo alemão. - Na cultura alemã, a ideia de dignidade humana tem raízes importantes na ideia cristã de que os seres humanos são feitos à imagem de Deus e no conceito de dignidade de Kant. De acordo com isso, a consciência do indivíduo é a fonte última na qual nossa busca por discernimento moral pode penetrar. É por isso que todos são uma autoridade moral a ser tratada como igual aos outros com o mesmo direito à autodeterminação moral; é por isso que todos devem ser respeitados também como um fim em si mesmo e não devem ser usados como mero meio para um fim. (tradução livre)⁵⁷⁶

Porém, ao analisarmos de modo mais profundo as concepções kantianas, notamos que elas não servem de paradigma para diversas decisões tomadas no contexto brasileiro, ainda que seja clara a inspiração brasileira na legislação internacional (em sentido amplo).

De fato, a dignidade da pessoa humana formulada por KANT deriva da razão e tem como único direito natural a liberdade. Noutras palavras, a construção teórica parte da consideração de que as contingências não impedem o agir humano orientado pela razão, de modo que o indivíduo é livre⁵⁷⁷. O marco divisório entre pessoa (*Person*) e coisa (*Sache*) é a capacidade do exercício da liberdade racional⁵⁷⁸.

Justamente por ter essa possibilidade de exercer controle sobre si mesmo (ser pessoa), o ser humano tem a capacidade de estabelecer deveres éticos a partir da razão, derivando daí o

inconstitucionalidade, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 119 e seguintes; EPPING; LENZ; LEYDECKER, **Grundrechte**, p. 309; ENDERS, Christoph, Artikel 1, *in*: STERN, Klaus; BECKER, Florian (Orgs.), **Grundrechte - Kommentar**, 3. ed. Köln: Wolters Kluwer, 2019, p. 114 e seguintes; HUFEN, **Staatsrecht**, p. 144–145; CAMACHO; SACIO, Artículo 1, p. 29 e seguintes; Criticando a chamada “Objektformel”: WINKLER, Roland, **Die Grundrechte der Europäischen Union**, Viena: Springer-Verlag, 2006, p. 361; MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 154; CAMPO, Javier Jiménez, Artículo 10, *in*: FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo; BAAMONDE, María Emilia Casas (Orgs.), **Comentarios a la Constitución Española**, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2018, v. 1, p. 218–219; Pontuando que o TCF nem sempre adere à fórmula do objeto: STARCK, Christian, Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 209.

⁵⁷⁶ No original: “Die Idee freier Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit spielte dann aber auch im Liberalismus und im deutschen Idealismus eine zentrale Rolle. - Die Vorstellung der Menschenwürde hat im deutschen Kulturkreis wichtige Wurzeln in dem christlichen Gedanken der Gottebenbildlichkeit des Menschen und im Würdebegriff Kants. Nach diesem ist das Gewissen des Einzelnen die letzte Quelle, zu der unser Bemühen um moralische Einsicht vordringen kann. Darum ist jeder eine dem anderen gleichzuachtende moralische Instanz mit gleichem Recht zu sittlicher Selbstbestimmung, darum muß auch jeder als Selbstzweck geachtet und darf nicht als bloßes Mittel zum Zweck gebraucht werden.” ZIPPELIUS, Konkretisierungen des Persönlichkeitsrechts in der neueren Verfassungsentwicklung, p. 106.

⁵⁷⁷ KANT, **A Metafísica dos Costumes**, p. 30; KANT, **Die Metaphysik der Sitten**, p. 326–327; Uma definição de ser humano muito próxima à kantiana pode ser vista em: KRUSE, **Personen und interpersonelle Sphären und Grenzen der Person**, p. 61.

⁵⁷⁸ KANT, **A Metafísica dos Costumes**, p. 33; KANT, **Die Metaphysik der Sitten**, p. 329–330; No mesmo sentido: CAMPAGNA, Norbert, **Person**, *in*: **Handbuch Rechtsphilosophie**, Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017, p. 373; LAMPE, **Persönlichkeit, Persönlichkeitsphäre, Persönlichkeitsrecht**, p. 75–76.

imperativo categórico “age de acordo com uma máxima dos fins tal que assumi-los possa ser para cada um uma lei universal”⁵⁷⁹.

A partir do momento em que se estabelece o imperativo categórico, dele deriva que os seres humanos são detentores de uma dignidade (*Würde*) ínsita, cujo fruto é a sua liberdade derivada da razão frente as contingências⁵⁸⁰.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana estabelecida por KANT está vinculada a uma concepção estrita de agir e que não comunga com diversas concepções atuais escoradas neste mesmo conceito. O ato sexual, por exemplo, está vinculado ao matrimônio, pois a simples *posse* para o gozo carnal seria *desapossar* a pessoa de sua finalidade em si mesma e torná-la coisa⁵⁸¹.

Desnecessário grande reflexão para notar que, no que tange a este tema específico, a dignidade da pessoa humana é utilizada no contexto brasileiro contemporâneo em sentido diametralmente oposto, vinculando-se à liberdade de escolha do matrimônio e da sexualidade em sua forma mais plena, por exemplo⁵⁸².

Ao mesmo passo, há de se considerar que a formulação kantiana não abrangia questões extremamente complexas. Ao nos depararmos com um indivíduo que, por qualquer infelicidade, encontra-se impossibilitado de realizar juízos morais, teria ele perdido sua dignidade? Na concepção contemporânea, evidentemente, não. Tanto que há o regime da

⁵⁷⁹ “O princípio supremo da doutrina da virtude é o seguinte: age de acordo com uma máxima dos fins tal que assumi-los possa ser para cada um uma lei universal. - Segundo este princípio, o homem é fim tanto para si mesmo como para os demais e não é suficiente que ele não esteja autorizado a usar-se a si próprio como meio nem a usar como tal os demais (pois que, nesse caso, poderia também ser indiferente em relação a eles), constituindo, ao invés, em si mesmo um dever para o homem propor-se como fim o homem em geral.” KANT, **A Metafísica dos Costumes**, p. 307; KANT, **Die Metaphysik der Sitten**, p. 526.

⁵⁸⁰ “Somente o homem, considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, está acima de todo o preço; pois que, como tal (como homo noumenon), não pode valorar-se apenas como meio para fins alheios, mas sim como fim em si mesmo, isto é, possui uma dignidade (um valor intrínseco absoluto) mediante a qual obriga todos os demais seres racionais do mundo a guardar-lhe respeito, podendo medir-se com qualquer outro desta espécie e valorar-se em pé de igualdade.” KANT, **A Metafísica dos Costumes**, p. 367; KANT, **Die Metaphysik der Sitten**, p. 569.

⁵⁸¹ KANT, **A Metafísica dos Costumes**, p. 121–122; KANT, **Die Metaphysik der Sitten**, p. 390–391.

⁵⁸² Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho da ementa da ADI 4277: “O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

curatela⁵⁸³ e da inimputabilidade⁵⁸⁴ em nosso ordenamento jurídico, não sendo o pleno exercício das faculdades mentais elemento indispensável à dignidade da pessoa humana⁵⁸⁵, o que significa uma refutação da adoção solitária de critérios biológicos⁵⁸⁶ ou morais no sentido kantiano.

Como ressalta NOVAIS, no cenário atual, a dignidade da pessoa humana “é vista como inerente à condição humana e, por isso, é ontologicamente incondicional, inalienável e imperdível”⁵⁸⁷.

Por outro lado, também há decisões a considerar que a impossibilidade de desenvolvimento cerebral faz com que o anencéfalo seja reputado como morto, ainda que respire, como se nota do voto do Ministro Marco Aurélio:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop[42], a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral[43]. E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino[44]. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas[45]. Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. IedaTherezinha[46] na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero[47].⁵⁸⁸

Também no HC 124.306/RJ, a Primeira Turma do STF, seguindo por maioria o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, se posicionou no sentido de que não constitui crime o aborto praticado no primeiro trimestre da gestação, fundando-se, entre outras coisas na ausência de formação do córtex cerebral:

⁵⁸³ Cf. art. 1.726 e seguintes do Código Civil.

⁵⁸⁴ Cf. art. 26 do CP.

⁵⁸⁵ SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, p. 104–105; No mesmo sentido, veja-se: WINKLER, **Die Grundrechte der Europäischen Union**, p. 360–361; MIRANDA, Jorge, **Direitos Fundamentais**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 234; NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**, p. 113.

⁵⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

⁵⁸⁷ NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, p. 31; EPPING; LENZ; LEYDECKER, **Grundrechte**, p. 309.

⁵⁸⁸ Voto do Ministro Relator Marco Aurélio na ADPF 54, cuja ementa é a seguinte: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011)

47. Nada obstante isso, para que não se confira uma proteção insuficiente nem aos direitos das mulheres, nem à vida do nascituro, é possível reconhecer a constitucionalidade da tipificação penal da cessação da gravidez que ocorre quando o feto já esteja mais desenvolvido. De acordo com o regime adotado em diversos países (como Alemanha, Bélgica, França, Uruguai e Cidade do México), a interrupção voluntária da gestação não deve ser criminalizada, pelo menos, durante o primeiro trimestre da gestação. Durante esse período, o córtex cerebral – que permite que o feto desenvolva sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado, nem há qualquer potencialidade de vida fora do útero materno. Por tudo isso, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição ao arts. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre.⁵⁸⁹

Este posicionamento de que o feto não possui dignidade (ou ao menos não no mesmo patamar de um ser humano após o nascimento), assim como óvulos fecundados e embriões também encontra guarida na doutrina alemã⁵⁹⁰, mas não é pacífico⁵⁹¹, sendo também sempre

⁵⁸⁹ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306/RJ, cuja ementa é a seguinte: Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124306, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017)

⁵⁹⁰ HILGENDORF, Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild, p. 370.

⁵⁹¹ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 220.

tormentosa a questão de se saber até que ponto uma decisão utiliza a dignidade da pessoa humana como “reforço argumentativo” ou “ornamento retórico”⁵⁹².

Embora as questões levem em conta elementos muito mais complexos do que a formação do cérebro, tais como os direitos reprodutivos da mulher e a igualdade de gênero, nota-se que a formulação kantiana da dignidade da pessoa humana não é aceita em sua integralidade dentro do panorama brasileiro, pois colocaria a sexualidade para além dos quadrantes morais pensados pelo filósofo de Königsberg, de modo que NOVAIS se refere a uma “*adaptação mundana ou democrática do pensamento kantiano*” (grifos no original)⁵⁹³.

Faça-se aqui uma nota a respeito de um certo *cancelamento* tardio que tem tido amplo espaço em todo o mundo. O fato de que um pensador apresenta concepções que hoje não consideramos adequadas aos costumes ou à moral de nossa época não é motivo suficiente para desacreditar sua obra.

Hoje, discutimos a dignidade da pessoa humana, no futuro, pode ser que tenhamos parâmetros relacionados à dignidade dos seres sencientes ou ainda da inteligência artificial. As questões que respondemos hoje, à luz de nossa formação e de nossa cultura, não podem ser objeto de julgamento posterior como se tivéssemos a obrigação de antecipar todos os desdobramentos da moral e dos costumes.

Prosseguindo, conforme visto, embora a formulação verbal de que seres humanos não devem ser tratados como meios, mas como fins em si mesmos derive efetivamente da filosofia kantiana, não se pode afirmar que se está a utilizar o mesmo conceito e tampouco a mesma fundamentação no contexto atual.

Mas qual seria então este conteúdo no contexto atual?

Este problema não escapa da situação descrita por NOVAIS, que entende que, caso a dignidade da pessoa humana não possua um conteúdo próprio, chega-se a uma:

situação quase paradoxal: o princípio supremo em que se funda a ordem jurídico-política de uma comunidade seria dotado de um conteúdo normativo redundante, inócuo, na medida em que não proporcionava outro sentido jurídico útil que não fosse, simplesmente, o de replicar ou apoiar retoricamente o conteúdo normativo que se retirava igualmente de cada uma das normas constitucionais de protecção dos direitos fundamentais.⁵⁹⁴

⁵⁹² BARROSO, *A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 115; CAMPO, *Artículo 10*, p. 220.

⁵⁹³ NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, p. 47–48; Em sentido similar, mas não idêntico: BARROSO, *A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 69.

⁵⁹⁴ NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, p. 85–86.

Na busca por uma delimitação da dignidade da pessoa humana, via de regra, escolhe-se entre uma definição negativa ou positiva.

No que tange à definição negativa, trata-se de esclarecer quando se dá uma violação à dignidade da pessoa humana ao invés de apresentar uma definição do que se entende por ela. Entretanto, esse conceito negativo não é eficiente para uma efetiva compreensão do tema, pois “não fornece um catálogo coeso de critérios para avaliar qual comportamento desrespeitoso infringe a dignidade humana”⁵⁹⁵.

Por conta disto, nos atentaremos às aproximações positivas do conceito, embora não exista uma “fórmula praticável que defina de que maneira positiva e concludente o alcance da dignidade da pessoa humana ou que ao menos o delimite”⁵⁹⁶.

De acordo com SARLET, a definição e conteúdo, compreendem:

*A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (itálicos no original)*⁵⁹⁷

SARMENTO, por sua vez, observa na dignidade humana o valor intrínseco da pessoa, a autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento⁵⁹⁸.

Ao tratar das funções da dignidade da pessoa humana: i) “legitimação do Estado e do Direito”; ii) “norte para a hermenêutica jurídica”; iii) “diretriz para a ponderação de interesses colidentes”; iv) “fator de limitação de direitos fundamentais”; v) “parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares”; vi) “critério de identificação de direitos fundamentais”; e vii) “fonte de direitos não enumerados”⁵⁹⁹.

MORAES dá especial ênfase à “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁵ KIRSTE, A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito, p. 180–181.

⁵⁹⁶ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 154.

⁵⁹⁷ SARLET, As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, p. 37.

⁵⁹⁸ SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁰⁰ MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 48.

BARROSO identifica três elementos no conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana: i) “valor intrínseco de todos os seres humanos”; ii) “a autonomia de cada indivíduo”; e iii) limitação decorrente de “valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”⁶⁰¹.

Em sua monografia sobre o tema, BARROSO destaca que a autonomia possui requisitos de exercício, ou seja: “pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a *razão* (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a *independência* (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a *escolha* (a existência real de alternativas)”⁶⁰².

ROVENVALD e FARIAS veem um núcleo duro da dignidade da pessoa humana composto de: i) “reconhecimento da integridade física e psíquica das pessoas”; ii) mínimo existencial; e iii) “respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade de cada pessoa”⁶⁰³.

SESSAREGO, comentando a Constituição do Peru, vê na finalidade do Direito a defesa da liberdade pessoal e a possibilidade de desenvolvimento de seu projeto de vida, estando na proteção da liberdade um dos elementos basilares da dignidade da pessoa humana⁶⁰⁴.

No panorama alemão, a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, na visão de HILDEBRANDT, abrange: i) direito ao mínimo existencial; ii) direito à autonomia; iii) proibição da tortura; iv) direito à privacidade; v) direito à integridade mental e espiritual; vi) direito à igualdade; e vii) direito de respeito (*minimale Achtung*)⁶⁰⁵.

SACHS apresenta o conteúdo da dignidade da pessoa humana como: i) integridade corporal; ii) mínimo existencial (*menschengerechten Lebensgrundlagen*); iii) igualdade básica (*elementaren Rechtsgleichheit*); e iv) identidade pessoal⁶⁰⁶.

Dentro da proteção da identidade, entende-se que a dignidade da pessoa humana compreende o direito à autonomia e a proibição a técnicas de “lavagem cerebral”, protegendo-se então a integridade do cidadão⁶⁰⁷. Em sentido similar, HUFEN compreende a integridade corporal como proteção física e psíquica⁶⁰⁸.

⁶⁰¹ BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*, p. 274.

⁶⁰² BARROSO, *A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, p. 81–82.

⁶⁰³ ROSENVALD; FARIAS, *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*, p. 205–206.

⁶⁰⁴ SESSAREGO, *Artículo 1*, p. 45.

⁶⁰⁵ HILDEBRANDT, *Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms*, p. 370; Similares considerações são traçadas por WINKLER no panorama europeu: WINKLER, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, p. 361–362.

⁶⁰⁶ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 221.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 223.

⁶⁰⁸ HUFEN, *Staatsrecht*, p. 215.

Observando a mesma jurisprudência, EPPING, LENZ e LEYDECKER encontram: i) proteção da integridade física; ii) proteção do mínimo existencial (*Schutz der elementaren Lebensgrundlagen*); iii) proteção da honra; iv) proteção da privacidade (*Schutz eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung*); v) proteção da identidade pessoal; e vi) proteção da igualdade básica⁶⁰⁹.

HUFEN apresenta como propriedades da dignidade humana: i) cuidado com a identidade e singularidade; ii) respeito à integridade física e psíquica (*seelischen*); iii) respeito à intimidade; iv) cuidado com a individualidade e a autodeterminação; v) reconhecimento do ser humano com ser social; vi) mínimo existencial⁶¹⁰.

Dentro do panorama da dignidade da pessoa humana, o indivíduo é pressuposto como um ser livre e, justamente por conta desta liberdade, um ser responsável por suas ações⁶¹¹.

As transgressões à dignidade da pessoa humana ocorrem, conforme NOVAIS, quando há violação à integridade ou igual dignidade. Noutras palavras, quando uma pessoa não é reconhecida como “sujeito responsável pela própria vida”, quando não há condições materiais dignas para seu desenvolvimento ou ainda quando é inferiorizada em relação aos outros indivíduos⁶¹².

FRENZ sustenta que a “autodeterminação autônoma” (*Autonome Selbstbestimmung*) diz respeito ao próprio desenvolvimento da dignidade humana como algo a ser construído pelo próprio indivíduo enquanto ser racional e eticamente responsável⁶¹³. Mais que isso, salienta que a autonomia é o coração (*Herzstück*) da dignidade da pessoa humana⁶¹⁴.

Acrescenta ainda que a integridade psicológica (*Geistige Unversehrtheit*) faz parte da proteção conferida ao indivíduo, inclusive no que diz respeito às “capacidades cognitivas, comunicativas e emocionais”, não sendo necessária a somatização para que ocorra a proteção do indivíduo, por exemplo⁶¹⁵.

Também há uma concepção extremamente restritiva proposta por KIRSTE, conceituando a dignidade da pessoa humana como: “o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito”⁶¹⁶. Contudo, uma interpretação tão restritiva nos leva à equiparação da dignidade da pessoa humana com o conceito de personalidade, visto que PONTES DE

⁶⁰⁹ EPPING; LENZ; LEYDECKER, *Grundrechte*, p. 310–312.

⁶¹⁰ HUFEN, *Staatsrecht*, p. 136.

⁶¹¹ ENDERS, Artikel 1, p. 110.

⁶¹² NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*, p. 150.

⁶¹³ FRENZ, Walter, *Handbuch Europarecht: Europäische Grundrechte*, Berlin: Springer-Verlag, 2009, p. 260.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 261.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 287–288.

⁶¹⁶ KIRSTE, *A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito*, p. 195.

MIRANDA considera o primeiro direito de personalidade justamente “o de adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações ou situações passivas em ação ou exceção”⁶¹⁷.

Ao fim e ao cabo, nota-se como elemento comum das concepções analisadas um respeito pela autonomia dos indivíduos, pela sua liberdade, de modo que possam agir em busca de seus desejos e atuar dentro da sociedade nos limites estabelecidos pela legislação.

Isto, para nós, implica o próprio direito a se reificar em dadas situações temporárias, tais como o direito de se embriagar, utilizar entorpecentes, praticar atos de sadomasoquismo, inclusive o chamado BDSM, prostituir-se e até mesmo ser arremessado quando tais ações não causarem prejuízos a terceiros individualmente ou em grupo ou ainda quando a tributação incidente sobre os vícios compense a sociedade pelos prejuízos advindos de tais práticas.

Como se vê, nosso posicionamento está em linha oposta às conclusões derivadas por KANT e de boa parte da doutrina e da jurisprudência que visualizam na dignidade da pessoa humana um poder de restrição a dadas práticas que a violem (dentro de suas concepções):

a vontade individual, por si só, não é um valor. Trata-se de um vetor vazio. Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio ‘fundamento da liberdade’, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponde a tal fundamento⁶¹⁸

No mesmo sentido, ao tratar dos direitos de personalidade, VASCONCELOS aponta limitações disposição de “valor como a vida e a dignidade”, ressaltando que o “próprio corpo só limitadamente é disponível”⁶¹⁹.

Em adendo, pode-se chegar à mesma conclusão através da análise topográfica da Constituição alemã, na qual a dignidade da pessoa humana precede (*Menschenwürde*) (art. 1º), por exemplo, a liberdade geral de ação (*Allgemeine Handlungsfreiheit*) (art. 2º) derivada do livre desenvolvimento da personalidade (*Freie Entfaltung der Persönlichkeit*).

Contudo, esta mesma compreensão limitativa da liberdade é contrária à formulação clássica dos Direitos Humanos, estabelecidos como dever de proteção o indivíduo frente ao

⁶¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Tratado de direito privado: parte especial: direito de personalidade, direito de família**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

⁶¹⁸ SCHREIBER, Anderson, **Direitos de Personalidade**, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

⁶¹⁹ VASCONCELOS, **Direito de Personalidade**, p. 48.

Estado⁶²⁰ e da própria dignidade da pessoa humana como garantia de linha de frente do indivíduo, ou seja, um direito de defesa (*Abwehrrecht*).

Como pontua STARCK: “A garantia da dignidade humana não é, portanto, uma exortação ao Estado no sentido de tornar tudo agradável aos homens, libertá-los da dor ou do medo e de livrá-los das conseqüências de suas próprias decisões equivocadas”⁶²¹. Isso também está em linha com a ideia de não vulgarizar a dignidade da pessoa humana⁶²².

De fato, o papel limitativo da dignidade da pessoa humana à liberdade do indivíduo deve ser visto com várias ressalvas em decorrência de sua abertura, pois a mesma dignidade é utilizada de modo retórico para defender e restringir a autonomia⁶²³. O caso emblemático trata da proibição de arremesso de anão na França⁶²⁴.

Em linhas gerais, a discussão diz respeito à reificação ou não de um anão (devidamente protegido por equipamentos de proteção individual) que recebia pagamento para ser arremessado em uma discoteca francesa em uma espécie de disputa sobre a distância obtida com o lançamento. A decisão final entendeu que ali havia uma violação da dignidade da pessoa humana e que, por conta disto, não era lícito o lançamento do anão.

NOVAIS coloca algumas considerações interessantes sobre o caso ao pontuar sua similaridade com atividades não questionadas, tais como o pugilismo (no qual há risco de morte dos participantes) e o *homem-bala*. Neste cenário, para o autor português, a proibição não se deu em virtude do arremesso em si mesmo, mas do fato de se tratar de pessoa com nanismo⁶²⁵.

Também há o caso do *Laserdrome* na Alemanha, no qual os indivíduos atiravam entre si com disparo de raios infravermelhos. Decidiu-se lá que haveria uma violação da dignidade da pessoa humana ao mesmo passo que o *paintball* continua sendo permitido⁶²⁶...

Deve-se sempre rememorar que a previsão da dignidade da pessoa humana: “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário”⁶²⁷.

Assim, parece-nos que a dignidade da pessoa humana não deveria ser utilizada solitariamente ou mesmo como adorno argumentativo para restrição de condutas, salvo aquelas evidentemente contrárias à fórmula do objeto e em caráter prolongado, contrário à autonomia ou ainda extremamente aviltante, como a escravidão, a tortura e os maus tratos.

⁶²⁰ HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 369.

⁶²¹ STARCK, *Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã*, p. 209–210.

⁶²² MICHAEL; MORLOK, *Direitos Fundamentais*, p. 153.

⁶²³ SARMENTO, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, p. 17.

⁶²⁴ Sobre o caso, veja-se: NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, p. 115–125.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 118.

⁶²⁶ EPPING; LENZ; LEYDECKER, *Grundrechte*, p. 314.

⁶²⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 273.

Como apontam MICHAEL e MORLOK:

A dignidade humana não é uma previsão normativa para falta de gosto, que são sentidas como revoltantes, e não abrange nem a prostituição, nem *peep-shows*, representações com anões, jogos de laser ou programas de televisão ao estilo do “big-brother”.⁶²⁸

Em sentido similar, mas em caráter mais restritivo, HUFEN:

Em seguida, deve-se notar que a determinação do homem de si mesmo também pertence à área de proteção ou dignidade humana. Isso exclui tornar as pessoas objeto de morais ou gostos de outros, e protege os adultos da tutela paternalista e da autoproteção forçada (...). A anulação do consentimento só pode ser considerada se houver dúvidas quanto à sua independência e voluntariedade, ou se um grupo de pessoas estiver em risco. (tradução nossa)⁶²⁹

No Brasil, tivemos uma temporária vedação administrativa à discriminação de preços entre homens e mulheres em casas noturnas por meio da Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON⁶³⁰, que se fundava justamente na dignidade da pessoa humana:

EMENTA: Direito do consumidor. Diferenciação de preços entre homens e mulheres. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da isonomia. Prática comercial abusiva. Utilização da mulher como estratégia de marketing que a coloca situação de inferioridade.

A aludida Nota Técnica foi objeto de questionamento judicial que suspendeu seus efeitos e posteriormente foi revogada pela Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ⁶³¹.

Sobre este tema, assinalamos que:

Na espécie, tanto a primeira Nota Técnica quanto a segunda deixaram de apresentar dados empíricos que pudessem justificar a exploração da figura feminina e a diferente sensibilidade ao preço, de modo que a produção de uma restrição à livre iniciativa com base em opiniões que se aproximam de concepções pessoais é medida arriscada por parte do Estado, pois não houve qualquer análise de custo-benefício da intervenção e muito menos da ocorrência de efeitos deletérios sobre as mulheres.⁶³²

⁶²⁸ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 167.

⁶²⁹ No original: “Sodann ist zu beachten, dass auch die Bestimmung des Menschen über sich selbst zum Schutzbereich oder Menschenwürde gehört. Das schliesst es aus, den Menschen zum Objekt fremder Moral oder Geschmacksvorstellungen zu machen, und es schützt erwachsene Menschen vor paternalistischer Bevormundung, und erzwungenem Selbstschutz (...). Ein übergehen der Einwilligung kommt nur in betracht, wenn Zweifel an deren Unabhängigkeit und Freiwilligkeit bestehen, oder Gruppe von Menschen gefährdet ist.” HUFEN, **Staatsrecht**, p. 147.

⁶³⁰ BRASIL. SENACON, Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON.

⁶³¹ BRASIL. SENACON, Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ.

⁶³² KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 174.

Após alguma reflexão sobre o tema, entendemos que, tal como no caso de arremesso de anão, a discriminação de preços entre homens e mulheres somente deve ser objeto de vedação na hipótese de que os interessados (pessoas com nanismo e mulheres, respectivamente) sejam ouvidos diretamente (por meio de consulta pública, associações etc.) e não sejam objeto de decisões que podem ou não aderir à opinião do grupo de indivíduos.

Em todo caso, no que diz respeito especificamente à livre tomada de decisão, nota-se que não há conflito entre a dignidade da pessoa humana e a proteção dos processos mentais de deliberação do indivíduo. Contudo, ao invés de buscarmos uma *ligação direta*, mostra-se mais adequado observar a livre tomada de decisão como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em sua função de direito geral de liberdade e direito geral de personalidade.

2. O livre desenvolvimento da personalidade como decorrência da dignidade da pessoa humana

Passamos agora a discutir, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cuja positivação é menos constante que a dignidade da pessoa humana e possui uma dimensão normativa com delimitação extremamente variada.

Nas Constituições da América Latina, temos exemplos na Colômbia⁶³³, Equador⁶³⁴ e Peru⁶³⁵. Ao passo que, no plano europeu, pode-se rememorar as Constituições alemã⁶³⁶, espanhola⁶³⁷, italiana⁶³⁸ e portuguesa⁶³⁹.

Além das Constituições já mencionadas, a forma mais marcante se encontra na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe em seu art. 22:

Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Dito isto, resta indagar quais as implicações jurídicas de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e como uma frase tão vaga⁶⁴⁰ foi apropriada no contexto jurídico brasileiro.

O que se pode antecipar é que, por forte influência do TCF, geralmente se reconhece a existência de dois direitos, os quais decorrem do livre desenvolvimento da personalidade, a saber: i) liberdade geral ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*); e ii) direito geral de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*)⁶⁴¹.

A diferença entre estes direitos é tormentosa, pois há claras áreas de sobreposição entre o direito geral de personalidade e o direito geral de liberdade de ação, visto que o próprio

⁶³³ Cf. Art. 16 da Constituição da Colômbia: “ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”

⁶³⁴ Cf. Art. 66(5) da Constituição do Equador: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”

⁶³⁵ Cf. Art. 2º (1) da Constituição do Peru: “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

⁶³⁶ Cf. Art. 2(1) da Constituição alemã: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem (verletzt) os direitos dos outros e não violem (verstöss) a ordem constitucional ou a lei moral (Sittengesetz)” (tradução livre). No original: “Artikel 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.”

⁶³⁷ Cf. Art. 10(1) da Constituição espanhola: “Artículo 10 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁶³⁸ Cf. Art. 3º da Constituição da Itália: “(...) E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

⁶³⁹ Cf. Art. 26º(1) da Constituição de Portugal: “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

⁶⁴⁰ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 235.

⁶⁴¹ MARTINS, *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*, p. 50; MICHAEL; MORLOK, *Direitos Fundamentais*, p. 344.

exercício da personalidade implica uma ação (ainda que omissiva). Embora a doutrina veja uma distinção clara: “Enquanto na base do direito geral de personalidade está um entendimento intrínseco, mais exigente, da formação da identidade humana, a liberdade geral de ação protege extrinsecamente o poder fazer ou não fazer o que se quer”⁶⁴².

Além disto, um direito geral de ação, compreendido como “uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer”⁶⁴³ deixa evidente a possibilidade de críticas a respeito de seu conteúdo, especialmente no que diz respeito ao suporte fático e à ausência de substância⁶⁴⁴. Porém, entendemos que o funcionamento de direitos gerais se dá justamente em virtude de tais “deficiências”, visto que um suporte fático residual e um conteúdo previamente indeterminado possibilitam que, à luz dos desdobramentos da sociedade, novas liberdades sejam protegidas e, por consequência, o reconhecimento de novos direitos subjetivos.

Sob o ponto de vista dogmático, a liberdade geral de ação possui três “consequências práticas”: i) limitação do poder do Estado em relação à liberdade; ii) necessidade de respeito à proporcionalidade na intervenção do Estado na liberdade; e iii) acesso ao controle de constitucionalidade por sua presença na Constituição⁶⁴⁵.

EPPING, LENZ e LEYDECKER compreendem o art. 2º(1) como um direito geral de personalidade e apontam sua área de proteção como sendo: i) a livre determinação da vida privada do indivíduo; e ii) a proteção da identidade social do indivíduo⁶⁴⁶. Com base nesta díade, os autores derivam direitos à representação do indivíduo em público, autodeterminação informacional, à confiabilidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação, proteção da privacidade e ao desenvolvimento pessoal⁶⁴⁷.

Por outro lado, SACHS esclarece que o primeiro significado do livre desenvolvimento da personalidade se vincula ao direito geral de liberdade, implicando na liberdade de fazer ou deixar de fazer⁶⁴⁸. Contudo, também pontua o posicionamento do voto vencido do Juiz Grimm no caso das cavalgadas nas florestas (que veremos mais adiante), voltado apenas a elementos importantes da liberdade, com a qual SACHS não concorda dada a dificuldade em delimitar quais elementos são importantes⁶⁴⁹.

⁶⁴² MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 344.

⁶⁴³ ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 343; ALEXY, Robert, **Theorie der Grundrechte**, 9. ed. [s.l.]: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2022, p. 311.

⁶⁴⁴ Refutando estas críticas, veja-se: ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 346 e seguintes; ALEXY, **Theorie der Grundrechte**, p. 314 e seguintes.

⁶⁴⁵ MICHAEL; MORLOK, **Direitos Fundamentais**, p. 355–356.

⁶⁴⁶ EPPING; LENZ; LEYDECKER, **Grundrechte**, p. 321; Em sentido similar: EHMANN, Horst, *Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht*, **JURA**, v. 6, p. 437–448, 2011.

⁶⁴⁷ EPPING; LENZ; LEYDECKER, **Grundrechte**, p. 321–329.

⁶⁴⁸ SACHS, **Verfassungsrecht - Grundrechte**, p. 236.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 236–237.

No que toca ao direito geral de personalidade, pontua que seu conteúdo é referente aos interesses da personalidade (*Persönlichkeitsinteressen*), tais como a privacidade, o nome, a honra, a imagem, a voz, a autorrepresentação no espaço público (*Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit*), imagem pessoal, oportunidade de ressocialização, direito de não se autoincriminar, reconhecimento de mudança de gênero etc⁶⁵⁰.

HORN vê no dispositivo a garantia de um direito geral de liberdade (“*Garantie eines allgemeinen Freiheitsrecht*”), compreendendo-o também como a liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se deseja, desde que respeitadas as limitações do dispositivo⁶⁵¹, esta liberdade também deve ser compreendida como neutra em relação a valores (*wertneutral*)⁶⁵², ou seja, *a priori*, ressalvadas as limitações legais, não há um jeito certo ou errado de se exercer a liberdade.

HUFEN considera a disposição como um direito moderno (*Neuzeit*) e vê no art. 2º(1) da Constituição alemã um direito geral de personalidade dentro do qual se encontra o livre desenvolvimento da personalidade como um direito de liberdade frente ao Estado⁶⁵³. Dentro deste contexto, destaca a teoria das esferas⁶⁵⁴, de modo que a esfera privada protegeria os “três grandes Is”, a saber: integridade, intimidade e identidade (*Integrität, Intimsphäre e Identität*) e a esfera social diria respeito às relações do indivíduo junto à sociedade⁶⁵⁵.

Os requisitos jurídicos para as limitações da esfera privada deveriam ser movidos por imperativos muito mais fortes que aqueles que empolgam os da esfera social, noutras palavras, a limitação da esfera privada somente poderia ocorrer em situações de extrema necessidade, ao passo que este nível de exigência é arrefecido no contexto social⁶⁵⁶.

A integridade pessoal ainda deve ser dividida em elementos psíquicos, físicos e morais, os quais abrangem, evidentemente, a capacidade de desenvolvimento do indivíduo e, somente na presença de tais elementos, pode-se falar em livre desenvolvimento da personalidade⁶⁵⁷.

SACIO, inclusive, compreende que há uma proteção aos “âmbitos de decisão e atuação humanas e não se trata apenas de evitar interferências” (tradução livre) dentro do conceito de livre desenvolvimento da personalidade⁶⁵⁸.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 249–250.

⁶⁵¹ HORN, Hans-Detlef, Artikel 2, *in*: STERN, Klaus; BECKER, Florian (Orgs.), **Grundrechte - Kommentar**, 3. ed. Köln: Wolters Kluwer, 2019, p. 188–190.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 194.

⁶⁵³ HUFEN, **Staatsrecht**, p. 174–5.

⁶⁵⁴ Para críticas a respeito da teoria das esferas: ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 360 e seguintes; ALEXY, **Theorie der Grundrechte**, p. 327 e seguintes.

⁶⁵⁵ HUFEN, **Staatsrecht**, p. 175–176.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 176.

⁶⁵⁷ ARROYO, César Landa, **Los derechos fundamentales**, Lima: Fondo Editorial, 2017, p. 41.

⁶⁵⁸ SACIO, Juan Manuel Sosa, Artículo 2, *in*: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.), **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**, 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1, p. 80; Limitando a interpretação do livre desenvolvimento da personalidade como espécie de direito de liberdade: SOLER, Manuel

CAMPO vê no livre desenvolvimento da personalidade não um direito subjetivo expresso, mas “três possíveis proteções”, referentes a: i) liberdade de agir no silêncio da lei; ii) diretriz para que a restrição de liberdades seja objeto de deliberação legislativa e não judicial; e iii) limitação à legislação baseada em “paternalismo moral”⁶⁵⁹.

No contexto português, NOVAIS vê o desenvolvimento da personalidade como relacionado à dignidade, autonomia e liberdade, procedendo à “jusfundamentalização da liberdade geral de acção”⁶⁶⁰, ao passo que no Brasil o mesmo direito é chamado de “direito geral de liberdade”⁶⁶¹ ou ainda “liberdade geral de ação”⁶⁶² com base no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, ou ainda em sua forma mais geral, como livre desenvolvimento da personalidade, com base no §2º do mesmo artigo⁶⁶³.

Também há quem veja, com escorço na dignidade da pessoa humana, um amparo para o reconhecimento de uma “cláusula geral de proteção da personalidade”⁶⁶⁴ e esta visão nos parece mais acertada. Além disto, seu caráter não será meramente ilustrativo, pois:

assume a condição de direito fundamental autônomo destinado a assegurar a formação e o livre desenvolvimento da personalidade, a proteção da liberdade da ação individual e a proteção da integridade pessoal em sentido integral e não reduzida às refrações particulares que representam o âmbito de proteção dos direitos especiais de personalidade.⁶⁶⁵

Esta problemática a respeito do livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de ação e como direito geral de personalidade coloca em risco a conceituação do art. 2º(1) como efetivamente participante do que se pode chamar de direitos de personalidade. Esta questão não deixa de ser considerada por VASCONCELOS, que pontua o livre desenvolvimento da personalidade utilizado no art. 2º(1) não se referiria necessariamente ao conceito de *personalidade* (enquanto objeto de estudo dos direitos de personalidade), embora o autor compreenda que tal conflito seja apenas aparente, pois o livre desenvolvimento da

Barreto, Artículo 16, *in*: SOLER, Manuel Barreto; ANZOLA, Libardo Sarmiento (Orgs.), **Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas**, Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1997, p. 50.

⁶⁵⁹ CAMPO, Artículo 10, p. 224–226.

⁶⁶⁰ NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**, p. 92.

⁶⁶¹ SARMENTO, **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**, p. 159–161; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 502.

⁶⁶² SILVA, **Direito Constitucional Brasileiro**, p. 166.

⁶⁶³ MOREIRA, **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana**, p. 161.

⁶⁶⁴ ROSENVALD; FARIAS, **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**, p. 258; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 454.

⁶⁶⁵ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, **Curso de Direito Constitucional**, p. 455.

personalidade compreende não apenas o direito de fazer ou deixar de fazer como também o direito de remover os obstáculos ao desenvolvimento da personalidade⁶⁶⁶.

Entretanto, como já antecipado, a dupla conceituação do livre desenvolvimento da personalidade é esclarecida pela evolução da jurisprudência do TCF, que o observa no livre desenvolvimento da personalidade o direito geral de liberdade de ação e um direito geral de personalidade⁶⁶⁷.

Veamos alguns julgados relevantes do TCF sobre o tema:

No caso *Elfes*, um indivíduo teve seu pedido de passaporte recusado por conta de diversas críticas ao Governo alemão. Em vista disso, manejou uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que foi rejeitada pelo TCF. Entretanto, nas razões do acórdão, entendeu-se que o livre desenvolvimento da personalidade não estava atrelado apenas à esfera interna do indivíduo, mas a um direito geral de ação no sentido mais abrangente. Contudo, a Lei de Passaporte (*Paßgesetz*) era constitucional, de modo que se encontrava de acordo com as limitações ao livre desenvolvimento da personalidade previstas no art. 2º(1) da Constituição alemã⁶⁶⁸.

No corpo do julgado, constou:

2. O TCF, em sua decisão de 20 de julho de 1954 (BVerfGE 4, 7 [15 s.]), deixou em aberto se a liberdade de ação deveria ser entendida sob o conceito do livre desenvolvimento da personalidade no seu sentido mais amplo existente, ou se o Art. 2 I GG se limitaria à proteção de um mínimo dessa liberdade de ação, sem a qual o ser humano não poderia desenvolver sua existência como pessoa intelectual e moral.

a) A Grundgesetz não pode ter querido com o “livre desenvolvimento da personalidade” proteger apenas o desenvolvimento dentro do núcleo essencial da personalidade que perfaz a essência do ser humano como personalidade intelecto-moral.

Com efeito, não seria compreensível de que modo o desenvolvimento dentro desse âmbito central poderia atingir os costumes, o direito de terceiros ou até mesmo a ordem constitucional de uma democracia livre. Justamente essas limitações impostas ao indivíduo como membro da comunidade mostram que a Grundgesetz, em seu Art. 2 I, pensa na liberdade de ação em sentido amplo.

(...)

c) Na literatura jurídica especializada [doutrina], frequentemente objeta-se que, seguindo tal entendimento, o direito fundamental do Art. 2 I GG “esvaziar-se-ia”, já que é colocado sob a reserva legal geral. Ignora-se, porém, nesse ponto, que o Poder Legislativo, segundo a Grundgesetz, está submetido a limites mais severos do que estava sob a vigência da Constituição de 1919 [da República de Weimar]. Na época, não apenas diversos direitos fundamentais estavam realmente “esvaziados” pela

⁶⁶⁶ VASCONCELOS, **Direito de Personalidade**, p. 75.

⁶⁶⁷ Para uma análise da evolução da jurisprudência do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL e dos casos mencionados, veja-se: MENDES, Laura Schertel, Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, *in*: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.), **Lei Geral de Proteção de Dados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

⁶⁶⁸ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 16. Januar 1957 - 1 BvR 253/56 -, Rn. 1-36. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs19570116_1bvr025356.html (acesso em 31.10.21). Veja-se, na doutrina: *Ibid.*; MOREIRA, **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana**.

reserva legal geral, à qual qualquer lei constitucionalmente promulgada correspondia; [como também] o legislador podia superar em qualquer momento, também no caso concreto e por meio de uma lei promulgada pela maioria necessária para a emenda constitucional, qualquer limitação constitucional que se lhe opusesse. Por sua vez, a Grundgesetz estabeleceu uma ordem axiológica que limita o poder público. Por meio dessa ordem, a autonomia, a responsabilidade pessoal e a dignidade humana devem estar garantidas no Estado (BVerfGE 2, 1 [12 ss.]; 5, 85 [204 ss.]).⁶⁶⁹

O caso *Lebach*, por sua vez, diz respeito a reclamante que participou do assassinato do soldado Lebach no ano de 1969, após ter cumprido parte da pena em presídio, encontrava-se próximo de retornar ao convívio social. Ao mesmo tempo, a televisão ZDF pretendia transmitir documentário a respeito do crime. Isto fez com que o reclamante apresentasse reclamação constitucional aduzindo que a apresentação do documentário feriria seus direitos de personalidade (nome e imagem). O TCF entendeu que o art. 2º(1) da Constituição alemã não dizia respeito apenas e tão somente à liberdade geral de ação, mas também a um direito geral de personalidade. Diante deste quadro, no qual restaram contrapostas a liberdade de expressão e o direito geral de personalidade, entendeu-se que a imprensa não poderia perpetuamente comunicar fatos que já haviam perdido interesse público e que a exibição do documentário colocava em risco a reintegração do reclamante à sociedade⁶⁷⁰.

Deve-se notar, contudo, o célebre voto do Juiz Grimm a respeito da impossibilidade de que, sob a denominação de direito geral de ação, qualquer atividade seja levada à discussão pelo Tribunal de Cúpula. O voto vencido foi proferido no caso de “cavalgadas em florestas”, nas quais se discutiu se as limitações administrativas para cavalgadas em certas áreas de floresta seriam constitucionais (BVerfGE 80, 137). O Tribunal conheceu da reclamação constitucional, ao passo que o voto vencido questionava a admissibilidade da análise do caso:

O ato de cavalgar na floresta não goza de uma proteção de direito fundamental. Os direitos fundamentais distinguem-se do grande número dos demais direitos pelo fato de protegerem a integridade, a autonomia e a comunicação do indivíduo em suas relações básicas. Justamente devido a essa fundamental importância do objeto protegido para uma ordem baseada na dignidade humana, eles se destacam da totalidade dos direitos e são dotados constitucionalmente de garantias maiores frente ao poder público, especialmente com efeito vinculante para o legislador. Nesse sentido, podem variar as opiniões, conforme as circunstâncias históricas, sobre aquilo que merece a proteção mais intensa de direitos fundamentais. Porém, o sentido dos direitos fundamentais não é, nem histórica, nem funcionalmente falando, colocar todo e qualquer comportamento humano possível sob sua proteção especial.

Tal proteção de direito fundamental sem lacunas também não é conseguida por intermédio do Art. 2 I GG. O Art. 2 I GG não protege a liberdade individual para se fazer e deixar de fazer o que bem entender, mas o livre desenvolvimento da personalidade. É verdade que, assim, esse direito fundamental tem uma área de

⁶⁶⁹ MARTINS, **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, p. 53–54.

⁶⁷⁰ BVerfGE 35, 202. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#> (acesso em 31.10.21)

proteção ampla, mas não ilimitada. Ao contrário, o comportamento humano, que em face da falta de garantias especiais de direitos fundamentais quer se valer da proteção do Art. 2 I GG, deve ter uma relevância maior para o desenvolvimento da personalidade, uma relevância semelhante a do [respectivo] bem jurídico protegido pelos demais direitos fundamentais. Onde faltar essa relevância, faltarão também o motivo para a proteção especial oferecida justamente pelos direitos fundamentais, sendo suficiente a proteção das normas e remédios jurídicos do direito infraconstitucional.

(...)

O Art. 2 I GG mostra-se aqui, em sua formulação não específica, como um direito fundamental bastante aberto à adaptação da proteção da personalidade a condições variáveis e, portanto, pode preencher lacunas impossíveis de serem preenchidas pelos direitos especiais de liberdade (BVerfGE 54, 148 [153]). Assim, o Art. 2 I GG pode ser encarado de fato como “direito fundamental subsidiário” [Auffanggrundrecht], mas não como direito fundamental subsidiário que protege qualquer ação humana pensável que já não seja protegida por um direito fundamental especial, mas sim como um direito fundamental subsidiário para a proteção de “elementos constitutivos da personalidade” (BVerfGE, op. cit.) que não tenham sido protegidos por direitos especiais de liberdade.

(...)

Por isso, essa banalização dos direitos fundamentais, não prevista pela Grundgesetz, e a extrapolação do recurso constitucional a ela associada deveriam ser revistas. Isso parece ser tão mais fácil quando se pensa que o Art. 2 I GG já vem sendo enriquecido com uma série de garantias concretas de liberdade e permanece aberto para necessárias garantias adicionais de liberdade. Por outro lado, não se precisam temer as perdas de liberdade, tal qual o faz o [Primeiro] Senado [do TCF], pois a liberdade geral de ação existe apenas dentro da ordem constitucional e não poderá ampliar o espaço livre do indivíduo para além da medida legal em âmbitos de ação que não sejam de peso para o desenvolvimento da personalidade. Para o reclamante que afirma uma violação do Art. 2 I GG surge, portanto, somente um ônus de fundamentação no sentido de demonstrar que foi cerceado não em um comportamento qualquer, mas em um comportamento justamente relevante para a personalidade.⁶⁷¹

Colocando tais questões à luz da evolução da jurisprudência do TCF, nota-se então os motivos pelos quais a doutrina pontua uma dupla natureza ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente quando interpretado conjuntamente à dignidade da pessoa humana.

Vejamos agora como o livre desenvolvimento da personalidade foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao passo que na Alemanha o livre desenvolvimento de personalidade se bifurca com o direito geral de liberdade e com o direito geral de personalidade, tal direito foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro de modo quase imperceptível no Marco Civil da Internet como fundamento da disciplina do uso da Internet no Brasil sob a alcunha de “desenvolvimento da personalidade” (art. 2º, II, do MCI).

O livre desenvolvimento da personalidade somente veio a ganhar maior destaque quando foi inserido na LGPD como objetivo do texto legal (art. 1º) e fundamento da disciplina

⁶⁷¹ MARTINS, **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, p. 70–73.

de tratamento de dados pessoais no art. 2º, VII, sendo que, mesmo assim, não se deu grande atenção ao efetivo significado do livre desenvolvimento da personalidade nos comentários sobre a lei⁶⁷².

Ao tratar do direito de personalidade, a doutrina costuma se referir ao desenvolvimento da matéria fazendo remissão ao livre desenvolvimento da personalidade nos desdobramentos da doutrina alemã já a considerando como direito geral de personalidade⁶⁷³, mas sem maiores considerações à sua aplicação no Direito brasileiro.

Entre nós, o livre desenvolvimento da personalidade, portanto, ainda aparece como mistério a ser desvendado pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente por conta da ausência de artigos e trabalhos focados no tema à luz da legislação brasileira.

No que tange à jurisprudência, não há decisões colegiadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora exista trinta e duas decisões monocráticas a respeito do tema, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade tem sido utilizado sem maiores esclarecimentos a respeito do conceito⁶⁷⁴.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal mencionou expressamente o livre desenvolvimento da personalidade em três oportunidades em decisões colegiadas (ADI 4275, ADI 6387 MC-Ref e ADO 26) e vinte e uma vezes em decisões monocráticas⁶⁷⁵. Daremos aqui preferência às decisões colegiadas dada a possibilidade de dissenso entre os Ministros e maior elaboração dos votos colegiados.

Contudo, importante ressaltar que o resultado da pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal não nos parece correto, visto que o tema já havia sido explorado na ADI 4.277/DF, originalmente ADPF 132/RJ, movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, julgada em 05.05.11 e que teve como Ministro Relator Ayres Brito.

O caso diz respeito à interpretação do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, que não previa benefícios de licença, previdência e assistência em casos relacionados a servidores homoafetivos. A decisão terminou por reconhecer a igualdade de direitos entre uniões estáveis homo e heteroafetivas.

⁶⁷² Veja-se, por exemplo: VAINZOF, Rony, Art. 2º, *in*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Orgs.), **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca, **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada artigo por artigo**, Salvador: JusPodivm, 2019; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe, **Leis Cíveis Comentadas**, Salvador: JusPodivm, 2022, p. 122–123.

⁶⁷³ MIRAGEM, Bruno, **Teoria Geral do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161–163.

⁶⁷⁴ Pesquisa realizada em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> no dia 27.10.21 às 09:46.

⁶⁷⁵ Pesquisa realizada em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> no dia 27.10.21 às 09:43.

Naquela ocasião, o voto do Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a doutrina pátria não se debruça sobre o livre desenvolvimento da personalidade, embora reconheça sua presença na própria Constituição Federal:

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

Verifica-se então que o livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental obtido através da interpretação sistemática da Constituição Federal. A partir deste julgado, as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que se referiram ao tema não buscaram justificar seus fundamentos na Constituição Federal e tampouco trataram de seu conteúdo.

Isto pode ser analisado na ADI 4.275/DF, movida pelo Procurador Geral da República, julgada em 01.03.18 e que teve como Ministro Relator Marco Aurélio e Relator para acórdão o Ministro Edson Fachin. O caso trata da Lei de Registros Públicos (Lei de nº: 6.015/73), que dispõe no art. 58 (em sua interpretação literal) que o prenome é definitivo, somente se admitindo a mudança em caso de apelidos públicos notórios. Neste contexto, evidente o conflito entre a interpretação literal do dispositivo e os interesses de transsexuais que desejam alterar seu prenome.

Em que pese também se tratar de demanda extremamente interessante sob diversos aspectos, cumpre-nos manter o foco e buscar como o Supremo Tribunal Federal entendeu o livre desenvolvimento da personalidade no caso em discussão. A primeira pista a ser analisada é o fato de que o livre desenvolvimento da personalidade aparece no caso não apenas como um consectário da dignidade da pessoa humana ou mesmo como decorrente da conjugação de

dispositivos constitucionais, mas como um direito fundamental autônomo, como se infere da ementa⁶⁷⁶:

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

A despeito da importância de considerar um o livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental, houve pouca tentativa de delimitá-lo ou mesmo dar uma noção básica a respeito de seu conteúdo, que foi ainda mencionado como princípio no voto do Ministro Celso de Mello⁶⁷⁷.

O livre desenvolvimento da personalidade ainda retornou ao STF na ADO 26, movida pelo Partido Cidadania (antigo Partido Popular Socialista), julgada em 13.06.19, e que teve como relator o Ministro Celso de Mello. O caso específico trata da ausência de legislação a respeito de discriminação em face de grupos LGBTQI+, sendo julgada procedente a demanda e ordenada a aplicação da Lei de Racismo até que o legislativo entenda por bem cumprir o mandado incriminador previsto no art. 5º, XLI, da Constituição Federal.

No caso, embora o tema tenha sido discutido novamente, repisou-se a associação do livre desenvolvimento da personalidade ao direito geral de liberdade, não havendo grande marco distintivo em relação aos votos proferidos na ADI 4.277/DF.

⁶⁷⁶ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4275, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019)

⁶⁷⁷ Veja-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello na referida ADI 4.275/DF: “O direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, qualifica-se como poder fundamental da pessoa transgênero, impregnado de natureza constitucional, e traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.”

O tema ainda voltou à tona no Referendo na Medida Cautelar na ADI 6.387/DF, movida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, julgada em 07.05.20 e que tem como relatora a Ministra Rosa Weber. O caso trata de dispositivo da Medida Provisória 954/20, que tratou do compartilhamento de dados entre sociedades empresárias de telecomunicações e o IBGE visando “suporte à produção estatística oficial” relacionada à doença COVID-19. A liminar de suspensão da MP 954/20 foi confirmada pelo Tribunal Pleno dados os riscos à privacidade.

Interessante notar que, neste caso, o voto da Ministra Rosa Weber localizou o livre desenvolvimento da personalidade junto ao direito à privacidade:

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, não deve observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional.

Contudo, maiores considerações a respeito do teor conceitual do livre desenvolvimento da personalidade não constam no desenvolvimento dos votos, restando ainda um mistério a respeito de como o livre desenvolvimento da personalidade será integrado no ordenamento jurídico brasileiro.

O que se pode afirmar no momento é que o livre desenvolvimento da personalidade tem sido tratado ora como uma versão alternativa do direito geral de liberdade e ora relacionado à privacidade e à autodeterminação informativa, direitos estes que, evidentemente, também fazem ponte entre os direitos de personalidade. Mais do que isto, porém, não pode ser dito a respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, não deixa de ser importante um direito geral de personalidade, especialmente no âmbito constitucional “permitindo que novos e eventuais valores incorporados à personalidade não estejam carentes de tutela”⁶⁷⁸.

Vejamos em mais detalhes o direito geral de personalidade e como se enquadra na ordem jurídica constitucional e no Direito Civil.

3. Ainda sobre o direito geral de personalidade e sobre os direitos de personalidade em geral

⁶⁷⁸ ROSENVALD; FARIAS, **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**, p. 257.

Como vimos na Parte I desta tese, a personalidade, tomada em sua acepção psicológica, é o conjunto de traços de um dado indivíduo que provêm de fatores hereditários e ambientais, além de possuir intrincada relação com hormônios produzidos pelo corpo humano⁶⁷⁹.

Na doutrina jurídica, a definição de personalidade é pouco elaborada quando comparada à definição psicológica, dado que se trata de um atributo das pessoas naturais e jurídicas. Assim, VASCONCELOS define personalidade como “a qualidade de ser pessoa”⁶⁸⁰.

Quando partimos em busca de uma definição do que deve ser compreendido por direitos de personalidade em sentido jurídico, somos surpreendidos por uma miríade de direitos subjetivos que parecem ligados mais por acaso do que por intenção. Isto pode ser observado nas disposições do art. 11 e seguintes do Código Civil a respeito de proibição de disposição do corpo em dados casos, liberdade de se submeter ou não a tratamentos médicos arriscados, direito ao nome, proibição de utilização do nome quando possível o desprezo público, direito de imagem e direito autoral.

A ligação de tais elementos com a personalidade em sentido psicológico demonstra que há uma divergência entre o sentido a ser dado à expressão personalidade no contexto psicológico e os direitos de personalidade atribuídos em sentido jurídico.

Além disto, a ampla variedade de direitos positivados não é integralmente congruente entre si, disposições sobre o corpo e direitos autorais, por exemplo, não comungam de muita semelhança. Assim, uma análise superficial concluiria que os direitos de personalidade, no estado atual, mais se aproximam de uma categoria vaga de direitos que não puderam ser devidamente incorporados em outras áreas do Código Civil.

Porém, estas considerações devem ser amainadas pela existência concreta de um elemento aglutinador dos direitos de personalidade, qual seja, somente podem ser titularizados por pessoa natural⁶⁸¹.

Na verdade, isto se liga ao fato de que os direitos de personalidade estão em construção e sua complementação se dá à luz das seguidas violações à personalidade e à dignidade da

⁶⁷⁹ Remetemos o leitor às referências da Parte I, item 2 desta Tese.

⁶⁸⁰ VASCONCELOS, **Direito de Personalidade**, p. 5.

⁶⁸¹ Veja-se: “ IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 286: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.”

pessoa humana que são trazidas à tona e inovam o ordenamento jurídico⁶⁸²⁶⁸³, constituindo uma categoria de direitos diferente dos direitos patrimoniais e obrigacionais⁶⁸⁴.

Uma observação pertinente feita por MIRAGEM remete a procedência dos “*direitos da personalidade*” à tradição do direito privado. Afirmados a partir da noção de direitos da pessoa sobre si mesma” (itálico no original), embora destaque sua ligação com os direitos fundamentais, ressaltando que nem todos os direitos de personalidade sejam necessariamente direitos fundamentais⁶⁸⁵.

Disto decorre da adoção de um rol explícito de direitos de personalidade ao mesmo passo que se insere um “*direito geral de personalidade*”⁶⁸⁶. Além disto, seria impossível antever todas as derivações da personalidade e estabelecer um rol taxativo⁶⁸⁷. Como pontua ROSPIGLIOSI, as cláusulas gerais de personalidade têm a função de ser “uma válvula de escape, uma porta de emergência, uma disposição em branco em favor de outros direitos” (tradução livre)⁶⁸⁸.

Contudo, a existência de um direito geral de personalidade é criticada por CORDEIRO, para quem a sua generalidade como “direito-fonte” ou “direito-quadro” não confere ao titular um direito subjetivo específico e que mesmo na Alemanha sua aplicação tem regredido⁶⁸⁹, sendo oportuno relatar que essa crítica à formulação de um direito geral (*Urrecht*) remonta à própria opção legislativa na redação do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*)⁶⁹⁰, mas que foi posteriormente superada com a inclusão do art. 2º(1) na Constituição alemã e já extensamente analisado.

Embora seja verdade que não se possa dessumir apenas da interpretação da lei a pretensão do indivíduo (e, por consequência, um direito subjetivo ou um bem da vida), não nos parece nociva ou contraproducente a presença de um direito geral de personalidade, visto que, à luz dos fatos e das constantes mutações sofridas na sociedade contemporânea, uma disposição

⁶⁸² VASCONCELOS, **Direito de Personalidade**, p. 65; MIRANDA, **Tratado de direito privado: parte especial: direito de personalidade, direito de família**, p. 58–59.

⁶⁸³ Veja-se: “IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 274: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

⁶⁸⁴ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**, 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 131.

⁶⁸⁵ MIRAGEM, **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 168.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 175.

⁶⁸⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas, **Código Civil Comentado**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 60; ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi, **Tratado de Derecho de las Personas**, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 346.

⁶⁸⁸ ROSPIGLIOSI, **Tratado de Derecho de las Personas**, p. 345.

⁶⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes, **Tratado de direito civil: pessoas**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 65–66.

⁶⁹⁰ EHMANN, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

geral e subsidiária parece vir bem a calhar, especialmente em sistemas no qual os direitos de personalidade ainda estão em pleno desenvolvimento (como é o caso brasileiro).

Assim, vale para o Código Civil de 2002 os mesmos comentários feitos por ZIPPELIUS a respeito dos direitos de personalidade na Constituição alemã, ou seja, que seu conteúdo e abrangência não podem ser precisamente derivados das normas constitucionais⁶⁹¹.

Melhor compreensão da matéria se vê em LAMPE, que define os direitos de personalidade como “a organização total dos processos biológicos, especialmente fisiológicos, psicológicos e noológicos que afetam o indivíduo” (tradução livre)⁶⁹². Contudo, a personalidade, para LAMPE, somente pode ser tomada no sentido pleno quando o indivíduo possui todas as habilidades inerentes à sua espécie⁶⁹³, com o que não concordamos.

Aproximando-nos do conteúdo dos direitos de personalidade, especialmente no que diz respeito à integridade física, psíquica e à autonomia, podemos observar que estas áreas de proteção se sobrepõem e dão margem a preocupações com a tomada de decisão do indivíduo não apenas no que diz respeito à exteriorização de suas deliberações já tomadas.

No que diz respeito ao conteúdo dos direitos de personalidade, PONTES DE MIRANDA ressalta que o rol contém, entre outros, o direito à integridade psíquica, porém, a delimitação deste direito é extremamente relacionada com a integridade física, sugerindo, por exemplo, a proibição da mãe de utilizar substâncias que possam prejudicar o “desenvolvimento psíquico do nascituro”⁶⁹⁴, ao fim e ao cabo, o posicionamento está correto se tomarmos como ponto de partida uma opção monista (rejeição do dualismo entre corpo e alma/ corpo e mente).

MIRAGEM ressalta que o elemento físico não é o único a receber proteção jurídica, havendo também, na descrição do autor, como elementos constitutivos do ser humano os “sistemas afetivo, cognitivo e volitivo, designando-se os atributos humanos do sentimento, da inteligência e da vontade, cujo reconhecimento se observa sob a expressão genérica de integridade moral da pessoa”⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ ZIPPELIUS, Konkretisierungen des Persönlichkeitsrechts in der neueren Verfassungsentwicklung, p. 105.

⁶⁹² No original: “Unter Persönlichkeitsrecht verstehe ich die ganzheitliche Organisation der biologischen, insbesondere physiologischen, psychologischen und noologischen Prozesse, die den Einzelmenschen betreffen”. LAMPE, *Persönlichkeit, Persönlichkeitsphäre, Persönlichkeitsrecht*, p. 75.

⁶⁹³ No original: “Unter einem Menschen verstehe ich ein Wesen, das nicht nur im Bereich der empirisch erfahrbaren Wirklichkeit lebt, sondern auch im Reich der Freiheit und der Werte und das mir als Persönlichkeit im vollen Wortsinn nur dann erscheint, wenn es alle arteigenen Fähigkeiten wenigstens bis zu einem gewissen Grade in sich vereint.” *Ibid.*, p. 75–76.

⁶⁹⁴ MIRANDA, *Tratado de direito privado: parte especial: direito de personalidade, direito de família*, p. 84–85.

⁶⁹⁵ MIRAGEM, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 187.

Neste sentido, por exemplo, a análise peruana de que o direito à integridade não abrange apenas o corpo físico, mas “a integridade da estrutura psicossomática” (tradução livre), ou seja, os elementos físicos e psicológicos do indivíduo⁶⁹⁶.

Por sua vez, ROSENVALD e FARIAS pontuam que os direitos de personalidade “estão inexoravelmente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade”⁶⁹⁷, mais que isso “impõem à coletividade uma conduta negativa, evitando embaraço ao seu exercício”⁶⁹⁸.

No mesmo sentido, TARTUCE pontua que os direitos de personalidade “têm por objeto os modos de ser físicos ou morais do indivíduo”, ligando-os à dignidade da pessoa humana⁶⁹⁹.

Mais uma vez, estamos aqui diante de uma expressão amplamente vaga e que pode dar ensejo a inúmeras interpretações⁷⁰⁰, mas que, igualmente, contempla a liberdade do indivíduo em tomar suas escolhas existenciais e de poder explorar as possibilidades de sua vontade.

Assim, o livre desenvolvimento da personalidade, seja como direito geral de liberdade de ação, seja como direito geral de personalidade se encontra em consonância com o que definiremos como livre tomada de decisão, ou seja, não apenas a liberdade de fazer ou deixar de fazer algo, mas, de modo mais específico, o reconhecimento da proteção jurídica conferida aos processos de tomada de decisão frente a medidas invasivas oriundas de tecnologias persuasivas ou meios mais rústicos de doutrinação.

4. O direito fundamental à livre tomada de decisão frente a tecnologias persuasivas e seu conteúdo *prima facie*

Nesta tese, propomos a existência de um direito à livre tomada de decisão, o que significa, em linhas gerais, um direito à não utilização de artifícios manipulativos (seja por meio da personalidade do indivíduo, seja por heurísticas e vieses) por parte de terceiros.

Por conteúdo *prima facie*, entendemos que este direito e princípio podem ser restringidos à luz de situações concretas através de métodos de ponderação ou ainda assegurada alguma flexibilidade em sua interpretação/aplicação⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de las Personas*, p. 386.

⁶⁹⁷ ROSENVALD; FARIAS, *Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB*, p. 218.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 225.

⁶⁹⁹ TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, p. 82.

⁷⁰⁰ SACHS, *Verfassungsrecht - Grundrechte*, p. 235.

⁷⁰¹ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 103–104; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 87–88.

Como vimos, a dignidade da pessoa humana abrange não apenas um dever de respeito por parte do Estado perante o indivíduo, mas direitos referentes à autonomia e a integridade de sua esfera mental e espiritual⁷⁰².

Da mesma forma, a liberdade garantida constitucionalmente por conta da liberdade geral de ação (*Allgemeine Handlungsfreiheit*) não pode ocorrer simplesmente no plano de que o indivíduo possui o direito subjetivo a fazer aquilo que não é proibido expressamente pela legislação ou por sua interpretação sistemática.

Igualmente, como cláusula geral de direitos de personalidade, as violações à tomada de decisão devem ser compreendidas como uma intervenção indevida nos processos decisórios, visto que a autonomia do indivíduo pertence aos direitos de personalidade.

Não se pode olvidar que a Carta de Direitos Humanos da União Europeia, por exemplo, destaca a integridade não apenas física, mas mental dos seres humanos como direito dos indivíduos em seu art. 3º(1): “1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental”.

Por sua vez, o Pacto de San José da Costa Rica, que possui eficácia supralegal, dispõe em seu art. 5º (1.), que: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.*” (grifamos), tratando-se de uma redação que nos parece mais adequada do que o art. 5º, XLIX, de nossa Constituição Federal, o qual dispõe que: “é assegurado *aos presos* o respeito à integridade física e moral” (grifamos).

Parece-nos que o inciso tem uma redação questionável (mas compreensível à luz do contexto histórico de um país que sai de um longo inverno ditatorial), visto que o respeito à integridade deve abranger a todos os indivíduos, como se deduz da interpretação sistemática do próprio texto constitucional.

Em todo caso, WINKLER pontua exemplos a respeito de tratamentos psiquiátricos forçados ou lavagem cerebral⁷⁰³, sendo que a integridade física e a psíquica participam dos direitos de personalidade⁷⁰⁴.

LAMPE assevera que o ponto mais importante de qualquer ser vivo é reconhecer seu ambiente e que “A personalidade humana só pode surgir numa base cognitiva. ‘Cognição’ (ou ‘cognitivo’) significa a totalidade dos processos que servem para absorver e processar

⁷⁰² HILGENDORF, *Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild*, p. 370.

⁷⁰³ WINKLER, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, p. 378.

⁷⁰⁴ VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 72.

informações, independentemente do porquê, como e com que finalidade”⁷⁰⁵. Mais à frente, destaca a vedação a influências no processo decisório:

Qualquer influência no processo de tomada de decisão abaixo do limiar da consciência, bem como qualquer influência no processo de tomada de decisão por meios socialmente inadequados (...) contradizem esse direito de personalidade. Excluídas em particular estão intervenções de cirurgia cerebral que influenciam os fundamentos psicológicos da personalidade (por exemplo, a "libertação" de um agressor sexual de sua disposição psicológica anormal), a administração de drogas psicotrópicas com efeitos de mudança de personalidade, a completa "reeducação" de uma pessoa através de tratamento, o que desconsidera completamente seus hábitos previamente desenvolvidos, por exemplo. (tradução livre)⁷⁰⁶

Um exemplo de legislação voltada à proteção dos indivíduos pode ser observado na França, país no qual os dados genéticos e as imagens cerebrais de uma pessoa somente podem ser empregados em atividades médicas, de pesquisa ou perícia judicial, conforme os arts. 16 - 11 e 16 - 14 do Código Civil francês.

Assim, pacífica a existência de um arcabouço normativo que toca a proteção dos processos deliberativos dos indivíduos, porém, ao ser inserida no bojo de diversos direitos e princípios, a livre tomada de decisão se perderia e não seria reconhecida como um direito fundamental autônomo.

A necessidade de tal reconhecimento é que *o processo de tomada de decisão é a antessala do exercício da liberdade*, seja ela proveniente de um deliberado esforço cognitivo (rota central/ Sistema 2), seja por uma atitude menos elaborada (rota periférica/ Sistema 1) ou ainda em virtude de motivos que sequer chegam ao limiar da consciência. Em todos estes casos, a decisão deve advir do indivíduo em seu exercício de liberdade⁷⁰⁷.

Quando o consumidor ou eleitor é exposto, de modo desavisado ou mesmo que avisado, de que determinados traços de sua personalidade são utilizados na elaboração de uma peça publicitária/propaganda ou ainda que seus desvios sistemáticos de racionalidade são aproveitados pelo fornecedor/candidato, não há que se falar em um exercício da livre tomada

⁷⁰⁵ No original: “Nur auf einer kognitiven Grundlage kann also die menschliche Persönlichkeit entstehen. ‘Kognition’ (bzw. ‘kognitiv’) heißt Gesamtheit jener Prozesse, die der Informationsaufnahme und -Verarbeitung dienen, und zwar gleichgültig warum, wie und zu welchem Zweck.” LAMPE, *Persönlichkeit, Persönlichkeitssphäre, Persönlichkeitsrecht*, p. 76.

⁷⁰⁶ No original: "Jede Beeinflussung der Willensbildung unterhalb der Bewußtseinsschwelle, darüber hinaus jede Einflußnahme auf den Willensbildungsprozeß durch sozialinadäquate (vgl. unten D 3) Mittel widersprechen diesem Persönlichkeitsrecht. Ausgeschlossen sind insbesondere die hirschirurgischen Eingriffe, welche die psychischen Grundlagen der Persönlichkeit beeinflussen (z. B. die “Befreiung” eines Triebtäters von seiner abnormen psychischen Veranlagung), die Verabreichung von Psychopharmaka mit persönlichkeitsverändernder Wirkung, die vollständige “Umerziehung” eines Menschen durch eine Behandlung, die seine bisher ausgebildeten Gewohnheiten vollständig mißachtet, u. a. m. " *Ibid.*, p. 93.

⁷⁰⁷ Compare-se com: IENCA, Marcello; ADORNO, Roberto, Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology, *Life Sciences, Society and Policy*, v. 13, n. 1, ; BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

de decisão se não houver meios efetivos de resistir à mensagem persuasiva, pois a liberdade é manietada pela própria forma com que as possibilidades são apresentadas ao indivíduo.

Este direito se formula, portanto, como um direito de defesa e pode ser levantado frente a terceiros e ao próprio Estado, que pode se utilizar de *nudges* para direcionar as escolhas dos indivíduos, ainda que não se proíba determinada conduta.

Por conta disto, quando se cuida da liberdade como um “poder assegurado à pessoa de direcionar e dirigir sua vida”⁷⁰⁸, não se pode olvidar que este direito pode ser colocado em risco não apenas por situações de fato ou de direito que inviabilizem a tomada da decisão por conta de fatores externos (leis, renda, aprovação social etc.), mas também por elementos que influam no próprio processo decisório sem que o próprio indivíduo saiba que está sendo levado a uma dada conclusão.

Contudo, este direito está longe de ter a abrangência que se pode pensar após a leitura dos parágrafos acima, visto que seu conteúdo *prima facie* não pode ser amplo a ponto de torná-lo objeto de constante conflito entre direitos.

O primeiro recorte a ser feito decorre do que deve ou não ser considerado manipulação, sendo que a compreendemos, como exposto na parte II, item 1.1.2. como: a utilização de artifícios que se aproveitam de desvios sistemáticos de racionalidade ou de traços de personalidade sem que haja comunicação de sua utilização ao destinatário da mensagem ou, mesmo que comunicado, não possa fazer frente aos artifícios utilizados.

Dentro deste quadro, evidencia-se um desnivelamento informacional entre o consumidor e o fornecedor, entre o eleitor e o candidato, entre o cidadão e o Estado ou simplesmente entre particulares. Um destes polos possui conhecimento suficiente para elaborar tentativas de persuasão com base nas debilidades do outro, mas não põe às claras que esta debilidade será utilizada.

O problema se liga, igualmente, a questões debatidas na teoria da vontade nos negócios jurídicos, pois a livre tomada de decisão visa possibilitar que a vontade real (contida na representação do indivíduo frente a estratégia persuasiva e sua tomada de decisão) e a vontade declarada (aquela externalizada e inúmeras vezes registrada em contrato) sejam compatíveis, um problema que preocupa a teoria contratual há séculos⁷⁰⁹. Contudo, para a livre tomada de decisão não basta apenas a identidade entre a vontade real e a declarada, mas também que não tenha havido manipulação na formação da vontade real do indivíduo.

⁷⁰⁸ RIZZARDO, **Parte Geral do Código Civil**, p. 152.

⁷⁰⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson, **Instituições de Direito Civil: Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 251–263.

MIRAGEM pontua que, noutros ordenamentos, há preocupação efetiva com o

sistema cognitivo da pessoa, protegendo aspectos do entendimento humano na vida de relações, e fundamentando uma série de outros direitos subjetivos. Como, por exemplo, o direito à informação entre os contratantes, e a valorização jurídica da ignorância e do conhecimento de certos elementos de fato basilares das relações jurídicas, como a posse de boa fé e a o casamento putativo⁷¹⁰.

FRAZÃO, apoiada nas lições de IENCA, expõe quatro direitos específicos do indivíduo frente à neurotecnologia, interessando-nos aqui o que foi chamado de “direito à integridade mental” cujo teor corresponde a:

Ninguém pode ser prejudicado física ou psicologicamente pela neurotecnologia, de modo que se deve evitar qualquer forma de manipulação da mente e, com maior razão, novas modalidades de lavagem cerebral, o que seria extremamente perigoso se utilizados por interessados em propagar doutrinas religiosas, políticas ou terroristas, bem como para casos de *neuromarketing* (...).⁷¹¹

Como aponta BUBLITZ, isto não significa uma impossibilidade de persuasão, bons argumentos, elaborados dentro do que se pode legitimamente esperar, não afetam o direito à livre tomada de decisão. O que pode caracterizar a abusividade em uma relação de consumo, por exemplo, são fatores nos quais o sucesso da estratégia persuasiva não está atrelado à qualidade dos argumentos, mas a outros fatores⁷¹².

Dentro deste quadrante, o direito à livre tomada de decisão pode ser visto como uma garantia contra a exploração de debilidades do consumidor ou do cidadão (caráter negativo/ dever de abstenção) ao mesmo passo em que confere ao seu titular pretensões face à violação de sua personalidade como indenização o por práticas já concretizadas.

Por outro lado, também há o dever de informação ao consumidor ou cidadão a respeito de qualquer possibilidade de exploração de suas vulnerabilidades mentais, o qual se configura não apenas na faculdade de solicitar explicação referente à estratégia persuasiva por ele visualizada, mas no direito de receber, ainda que sem solicitação, tais informações (caráter positivo/ direito à informação).

Formatos similares, mas não idênticos, ao direito fundamental aqui apresentados são encontrados amplamente na legislação esparsa, mas que são construções fragmentadas e que não apresentam a mesma pujança de um direito fundamental à livre tomada de decisão.

Vejamos com um pouco mais de detalhe.

⁷¹⁰ MIRAGEM, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 187.

⁷¹¹ FRAZÃO, Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital.

⁷¹² BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

4.1. Manifestações da livre tomada de decisão na legislação infraconstitucional

O direito à livre tomada de decisão encontra ressonância em diversos fragmentos da legislação esparsa, demonstrando haver uma preocupação do legislador com a vedação de práticas manipulativas em variados contextos legislativos.

Ao contrário do que se poderia pensar, a existência de direitos ou proibições no plano infraconstitucional que se liguem a direitos fundamentais pouco ou nada importam para o reconhecimento de um direito fundamental em si mesmo. Isto rememora a relação da discussão alemã a respeito da relação entre dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais em espécie, como pontua HÄBERLE:

uma cláusula de dignidade humana deixa desvelar seu conteúdo também com ajuda de determinações já obtidas com os direitos classicamente “assegurados” ou com os novos direitos fundamentais individualmente considerados. Neste sentido, em termos de desenvolvimento histórico e atualmente, verifica-se um “dar e receber” entre o art. 1º, inc. I, da LF e os direitos fundamentais individualmente considerados.⁷¹³

Como lecionam MEDINA e ARAÚJO: “Os direitos da personalidade estão inseridos dentre os direitos fundamentais, mas sua densidade normativa encontra-se no Código Civil”⁷¹⁴. Desta maneira, o fato de haver previsão infraconstitucional em diversos dispositivos visando assegurar a livre tomada de decisão não inviabiliza a existência do direito fundamental proposto, pelo contrário, demonstra que algo está ausente extenso no rol de direitos do art. 5º da Constituição.

Vejamos algumas das figuras que decorrem do direito à livre tomada de decisão e podem ser encontradas na legislação esparsa.

4.1.1. Dolo, coação e lesão

A primeira figura a ser contemplada é o dolo, que ocupa um posto clássico dentro da doutrina do Direito Civil. Como se sabe, o art. 145 do Código Civil assinala que: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.”

⁷¹³ HÄBERLE, A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, p. 82.

⁷¹⁴ MEDINA; ARAÚJO, **Código Civil Comentado**, p. 55.

Por dolo, deve-se entender o “(...) artifício, artimanha, engodo, encenação, astúcia, desejo maligno tendente a viciar a vontade do destinatário, a desviá-la de sua correta direção”⁷¹⁵ ou ainda “Tem-se dolo quando a falsa representação da realidade que influencia a declaração de vontade do agente não é espontânea, tendo origem em conduta comissiva ou omissiva, mas sempre deliberada, da contraparte ou de terceiro”⁷¹⁶.

Nota-se que a figura do dolo não se amolda perfeitamente às tecnologias persuasivas, pois a mensagem elaborada a partir do perfil psicográfico do indivíduo ou explorando suas heurísticas e vieses, pode não possuir relação imediata com o erro e muito menos com o erro essencial, o qual permite a invalidade do negócio jurídico por meio do dolo⁷¹⁷.

Desta maneira, o erro (causado pelo dolo) que não ataca a essência do negócio jurídico, ou seja, o negócio não se realizaria sem esta falsa representação da realidade, não é anulável, restando apenas o regime de indenização por perdas e danos na forma do art. 146 do Código Civil⁷¹⁸.

Nesta bifurcação há um ponto de difícil solução prática. Imaginemos que um indivíduo decida comprar um produto em virtude de oferta oriunda de tecnologia persuasiva e que, por um acaso extremamente improvável, não lhe seja facultado o acesso à aplicação do CDC ou prefira atravessar a via dolorosa das ações anulatórias.

A prova de que um negócio jurídico não viria a ocorrer sem o concurso de uma dada tecnologia persuasiva é, no mínimo, difícil. Caso não milite a presunção jurídica de que determinadas tecnologias persuasivas constituem dolo e que afetam a tomada de decisão do indivíduo, na melhor das hipóteses, o autor da demanda se verá diante indenização por perdas e danos.

Por outro lado, mesmo que exista esta presunção é discutível se houve algo enganoso quando se fala em adequação da mensagem à personalidade do contratante, pois aqui houve um reforço argumentativo que não se enquadra exatamente na descrição do dolo acima apresentada.

No que toca à exploração de heurísticas e vieses, pode-se discutir que o enquadramento da informação pode efetivamente levar o oblato (aquele que recebe a oferta) a anuir a uma

⁷¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia, **Código Civil Interpretado**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 154.

⁷¹⁶ SCHREIBER, Anderson *et al*, **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2022, p. 108.

⁷¹⁷ ROSENVALD; FARIAS, **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**, p. 738; PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, p. 450–451; NERY; NERY JUNIOR, **Instituições de Direito Civil: Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**, p. 322; MIRAGEM, **Teoria Geral do Direito Civil**, p. 443; TARTUCE, **Manual de Direito Civil**, p. 228; MEDINA; ARAÚJO, **Código Civil Comentado**, p. 197; DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**, p. 523–525.

⁷¹⁸ Cf. Art. 146 do Código Civil: “Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.”

proposta que teria sido refutada em outros cenários. Aqui há uma possibilidade efetiva de comprovação de erro que pode ser essencial.

Por outro lado, ao cuidarmos de heurísticas como a confiança nos especialistas ou na prova social, bem como no aproveitamento do *status quo* ou da confiança do indivíduo, parece-nos que não há uma conexão direta com o erro.

A sustentação de que a tecnologia persuasiva se adequa ao dolo somente teria caminho viável quando demonstrado que, por um processo maior de elaboração, o adquirente teria recusado a contratação. Isto, contudo, constitui uma má escolha e não um erro, uma falsa representação da realidade e o ordenamento jurídico não possui ferramentas expressas para lidar com o arrependimento senão pelo sistema do CDC.

No que tange à coação, mostra-se possível discutir se o “temor de dano iminente”⁷¹⁹ é suficiente para anular o negócio jurídico, especialmente levando-se em conta a que a análise do vício deve apreciar as características individuais do coagido⁷²⁰.

Não nos parece que seja o caso usual de anulação do negócio jurídico por conta de coação a partir das tecnologias persuasivas, mas apenas residual, tal como nas hipóteses de publicidade manifestamente voltada a incutir temor no consumidor (presente no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor) ou da propaganda eleitoral (presente no art. 242 do Código Eleitoral).

Estes tópicos serão objeto de análise mais cuidadosa nos itens *infra*, mas já se pode adiantar que, mesmo na publicidade massificada, a vedação à emulação de estados emocionais não é objeto de bom apreço.

Exemplo disto é a Súmula nº 04 de 07 de junho de 1990 do CONAR:

"ANÚNCIO DE ARMAS DE FOGO NÃO DEVERÁ SER EMOCIONAL; NÃO DEVERÁ SUGERIR QUE O REGISTRO DO PRODUTO SEJA UMA FORMALIDADE SUPERADA FACILMENTE COM OS SERVIÇOS OFERECIDOS PELO ANUNCIANTE; NÃO FARÁ PROMOÇÕES, NÃO APREGOARÁ FACILIDADE DE PAGAMENTO, REDUÇÃO DE PREÇOS, ETC.; ALÉM DISSO NÃO SERÁ VEICULADA EM PUBLICAÇÃO DIRIGIDA A CRIANÇAS OU JOVENS E NEM NA TELEVISÃO, NO PERÍODO QUE ANTECEDER ÀS 23 HS ATÉ AS 6 HS. DEVERÁ, POR OUTRO LADO, EVIDENCIAR QUE A UTILIZAÇÃO DO PRODUTO EXIGE TREINAMENTO E EQUILÍBRIO EMOCIONAL E ACONSELHARÁ A SUA GUARDA EM LUGAR SEGURO E FORA DO ALCANCE DE TERCEIROS."

⁷¹⁹ Cf. Art. 151 do Código Civil: “Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.”

⁷²⁰ Cf. Art. 152 do Código Civil: “Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.”

Fundamento: Artigos 1º, 3º, 6º e 50, letra "c", do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e seu Anexo "S", itens de 1, 2, 3, 4 e 5. (aspas no original)

Assim, havendo a utilização de dados pessoais para formular o que pode ser considerado “temor de dano iminente” a uma dada pessoa natural, mostra-se viável a anulação do negócio jurídico por coação, porém, o que será ponto nevrálgico da disputa são as condições do indivíduo submetido à tecnologia persuasiva.

Todavia, a mesma previsão já pode ser encontrada em outras legislações de aplicação mais ampla (tal como o Código de Defesa do Consumidor) ou de via mais estreita (tal como no Código Eleitoral), ainda que o voto em si mesmo não seja negócio jurídico.

Uma outra possibilidade de discussão pode se dar através da figura da lesão, à qual ocorre “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”, conforme o art. 157 do Código Civil.

Nesta hipótese, pode-se considerar que a inexperiência frente a tecnologias persuasivas pode dar ensejo a um negócio jurídico elaborado de maneira diversa daquela que um indivíduo com maior talho teria realizado.

Entretanto, para a configuração da lesão, há necessidade de desproporção manifesta entre as prestações, o que pode ou não ocorrer. Se o produto ou serviço for vendido a *preço de mercado*⁷²¹, o caminho da lesão se torna interdito, ainda que o oblato seja inexperiente.

Noutras palavras, ainda que seja possível discutir a inexperiência do contratante frente a tecnologias persuasivas, a efetiva anulação do negócio jurídico somente advém de uma apreciação subjetiva e certamente obscura a respeito de qual deveria ser o *preço correto* de um produto ou serviço.

Assim, salvo um acontecimento extraordinário, também a lesão não se apresenta como um instrumento hábil para que o indivíduo possa ter uma defesa completa a respeito da utilização de tecnologias persuasivas contra si.

Ainda que se deva levar em consideração as ponderações acima, já se pode notar que é negativamente valorada pelo ordenamento jurídico a utilização de medidas tendentes a manipular o indivíduo em relação à tomada de decisão, ainda que o campo do dolo que anula o negócio jurídico seja estreito e vinculado apenas ao erro essencial.

⁷²¹ Sobre os problemas do equilíbrio contratual e do “preço de mercado” à luz da Análise Econômica do Direito, veja-se: KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 182–185.

4.1.2. Práticas comerciais e publicidade

De modo muito mais abrangente que o Código Civil, o CDC possui diversos dispositivos a respeito de deveres do fornecedor referentes à informação⁷²², vedação ao prevalecimento sobre “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”⁷²³ e publicidade enganosa e/ou abusiva.

De um modo geral, estas proteções ao consumidor estão previstas de maneira mais abrangente na regulação das práticas comerciais, ou seja, no conjunto de atos realizados pelo fornecedor a fim de, com base na livre iniciativa e na livre concorrência, participar do mercado.

Noutra formulação, práticas comerciais são: “os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final.”⁷²⁴

O dever de informação abrange a descrição do produto, mas também obriga o fornecedor nos estritos termos da oferta realizada, conforme estipula o art. 30 do CDC⁷²⁵.

O CDC regula a identificação da publicidade de modo que “o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”⁷²⁶, vedando a publicidade enganosa e/ou abusiva. MARQUES entende publicidade como: “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover, junto aos consumidores, a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”⁷²⁷.

Cuidando do princípio da identificação da mensagem publicitária, ROSENVALD e BRAGA NETTO sustentam que: “Publicidades veladas ou escondidas em textos supostamente jornalísticos não são bem-vindas. Este princípio, portanto, veda a publicidade subliminar ou dissimulada”⁷²⁸, aplica-se o mesmo princípio à publicidade levada a cabo pelos influenciadores digitais⁷²⁹, que, aliás, produzem maiores respostas de longo prazo quando comparados a pessoas

⁷²² Cf. Art. 6º, III, do CDC.

⁷²³ Cf. Art. 39, IV, do CDC.

⁷²⁴ GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 261.

⁷²⁵ BESSA, Leonardo Roscoe, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 225–226.

⁷²⁶ Cf. Art. 36 do CDC e art. 8º do Código de Publicidade português.

⁷²⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 822; CHAVES, Rui Moreira, **Código da Publicidade**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 42–43.

⁷²⁸ ROSENVALD; BRAGA NETTO, **Leis Civis Comentadas**, p. 911; CHAVES, **Código da Publicidade**, p. 44–45.

⁷²⁹ BESSA, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 252.

simplesmente atraentes⁷³⁰. Como explica BENJAMIN: “Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor”⁷³¹.

Com razão a doutrina entende que o princípio da identificação abrange também à prática do *merchandising*, aqui compreendido como a aparição de produtos, marcas, logos ou qualquer outro meio de identificação de um fornecedor durante um programa televisivo, por exemplo⁷³².

O dever de identificação da publicidade permanece importante porque pesquisas indicam que menos da metade de leitores razoavelmente atentos conseguiram perceber a existência de publicidade mascarada de conteúdo editorial (*native advertising*) quando a ela foram expostos⁷³³, o que, inclusive é vedado no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR⁷³⁴.

A ilicitude da publicidade dentro do sistema do CDC também pode se dar por enganabilidade ou abusividade, embora não seja impossível que uma mesma publicidade seja, ao mesmo tempo, enganosa e abusiva, hipótese na qual, como veremos, prevalecerá a tipificação da enganabilidade por conta do caráter subsidiário da abusividade.

A publicidade enganosa deriva de uma inverdade contida na informação ou de uma omissão em relação a um elemento relevante que pode levar a erro o consumidor “a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”⁷³⁵, inclusive quando “distorcida”⁷³⁶.

Salvo o caso específico do enquadramento, que pode muito bem ser interpretado como o fornecimento de uma informação distorcida, não nos parece a publicidade enganosa seja a classificação mais adequada para o caso das tecnologias persuasivas como aqui desenhadas, cuja atuação parece estar mais atrelada à abusividade.

⁷³⁰ DAUGHERTY; HOFFMAN, *Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research*, p. 21.

⁷³¹ GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 337; No mesmo sentido: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 823; BESSA, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 251.

⁷³² GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 338; MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 823; ALVES, **Direito publicitário: proteção do consumidor**, p. 240; CHAVES, **Código da Publicidade**, p. 116–117; BASAN, **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**, p. 141.

⁷³³ HYMAN, David A. *et al*, *Going Native Can Consumers Recognize Native Advertising? Does it Matter?*, **Yale Journal of Law & Technology**, v. 19, p. 79–112, 2017.

⁷³⁴ Cf. Art. 30 do CABP: “Artigo 30 A peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.”

⁷³⁵ Cf. Art. 37, §1º, do CDC. BESSA, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 254–255.

⁷³⁶ NUNES, Rizzatto, **Curso de Direito do Consumidor**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 549.

Por publicidade abusiva, deve-se entender um gênero subsidiário à publicidade enganosa⁷³⁷ e a respeito do qual o legislador foi meramente exemplificativo. Isto se nota pela redação do art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que utiliza a fórmula “dentre outras” para sinalizar que não se trata de um rol taxativo de exemplos⁷³⁸, pois “o Direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade”⁷³⁹.

MARQUES entende publicidade abusiva como “a publicidade antiética que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”⁷⁴⁰, pontua-se que a abusividade não precisa estar relacionada com o produto, podendo ser abusiva em si mesma⁷⁴¹.

Por sua vez, ROLLO conceitua a publicidade abusiva com base nos elementos previstos no art. 37, §2º, do CDC, afirmando:

Publicidade abusiva é aquela que afronta valores dos seres humanos, que cria nas pessoas estados mentais e emocionais, explora o medo, a superstição, a excepcional vulnerabilidade do consumidor em decorrência da sua idade ou nível de instrução. Também é considerada abusiva aquela que leva o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à saúde.⁷⁴²

Este gênero abarca diversas espécies de publicidade referente a todas as informações que não são enganosas, mas que ultrapassam os limites daquilo que pode ser aceito em um mercado regulado não apenas pelas regras econômicas, mas especialmente pelos princípios constitucionais, sendo o critério definidor de abusividade, para COELHO, a “agressão aos valores sociais”⁷⁴³, o que não se confunde com o simples desgosto individual⁷⁴⁴.

⁷³⁷ MALTEZ, **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**, p. 189.

⁷³⁸ BESSA, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 257; MALTEZ, **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**, p. 190; ALVES, **Direito publicitário: proteção do consumidor**, p. 188–189; SILVEIRA, Reynaldo Andrade da, **Práticas mercantis no direito do consumidor**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 179.

⁷³⁹ GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 355.

⁷⁴⁰ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 836; Em sentido similar: SILVEIRA, **Práticas mercantis no direito do consumidor**, p. 182.

⁷⁴¹ NUNES, **Curso de Direito do Consumidor**, p. 571.

⁷⁴² ROLLO, Arthur Luis Mendonça, **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**, São Paulo: Atlas, 2011, p. 133.

⁷⁴³ COELHO, **Curso de direito comercial: direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito**, p. 349; AFONSO, **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**, p. 212; No mesmo sentido, o Código de Publicidade de Portugal possui o princípio da licitude em seu art. 7º, o qual veda a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana”. CHAVES, **Código da Publicidade**, p. 36.

⁷⁴⁴ COELHO, **Curso de direito comercial: direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito**, p. 352–353.

Por conta disto, o CDC exemplifica: i) publicidade com cunho discriminatório de qualquer natureza; ii) “a que incite a violência”; iii) “explore o medo ou a superstição”; iv) “se aproveite da deficiência de julgamento e da experiência da criança”; v) “desrespeita valores ambientais”; e vi) induza “o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”⁷⁴⁵.

Como se nota, a manipulação não é abarcada diretamente na figura da publicidade abusiva em uma diversidade de casos, da mesma forma, ainda que seja manipulativa, uma publicidade pode não se inserir em qualquer dos itens acima apresentados, resultando daí a importância do rol aberto do art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange à publicidade comportamental, ALVES entende que ela somente pode ser considerada abusiva se os dados pessoais forem coletados “sem o conhecimento ou anuência do consumidor”⁷⁴⁶. Entendemos de modo diverso, havendo situações nas quais, mesmo dado o consentimento ou utilizada outra base legal, a publicidade baseada em dados pessoais poderá atentar contra a autonomia do indivíduo.

Pensemos, contudo, que a debilidade explorada seja claramente informada ao consumidor. Algo como “utilizamos seus dados pessoais para identificar que seu perfil é X e, por conta disto, moldamos nossa publicidade com base na estratégia de persuasão Y”.

A depender do caso, ainda que esta debilidade seja informada, não poderá ser utilizada caso o consumidor ou o cidadão esteja situação tal que, conhecendo ou não a estratégia persuasiva, não terá forças para fazer resistência ao aproveitamento de suas vulnerabilidades a depender de seu estado emocional, por exemplo.

De fato, o conhecimento de que há uma estratégia persuasiva sendo implementada não necessariamente permite ao consumidor resistir à tentação causada pela exploração de sua racionalidade limitada. Isto se dá nos casos reiteradas publicidades a fim de vencer a força de vontade limitada do consumidor, por exemplo.

Da mesma forma, o art. 54 – C, IV, do CDC inseriu comando que determina expressamente que certas práticas como o assédio estão vedadas “principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio”⁷⁴⁷. MARQUES e MIRAGEM inclusive apontam a relação entre o aludido inciso IV e a publicidade direcionada a determinados grupos de indivíduos⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Cf. Art. 32, §2º, do CDC.

⁷⁴⁶ ALVES, **Direito publicitário: proteção do consumidor**, p. 226.

⁷⁴⁷ Cf. Art. 54 – C do CDC. ROSENVALD; BRAGA NETTO, **Leis Civis Comentadas**, p. 974; BESSA, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**, p. 473.

⁷⁴⁸ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, p. 1272.

Este comando está em linha com o disposto no art. 39, IV, do CDC, referente à proibição do fornecedor de se prevalecer “da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Isto demonstra que, mesmo ciente de que uma dada prática está em curso, visto que o assédio ou a pressão têm fácil percepção por parte do consumidor, não haverá licitude na prática do fornecedor, inclusive porque tal conduta se aproxima da abusividade na publicidade, ainda que a discussão se dê em fase pré-contratual mais avançada.

Portanto, o art. 37, §2º, do CDC nos parece a linha de defesa mais abrangente e apta a fazer frente às tecnologias persuasivas, dada a abertura de seu texto e à evidente impossibilidade de que meios como o assédio sejam admitidos no ordenamento jurídico.

Além das previsões do CDC, não se pode deixar de lado o papel do CONAR ao estabelecer deveres e limites no conteúdo publicitário, tais como o respeito à dignidade da pessoa humana⁷⁴⁹, vedação ao abuso⁷⁵⁰ e medo, superstição ou violência⁷⁵¹.

Cumpre também notar que há algumas limitações às publicidades baseadas em “testemunhas, atestados e endossos”, tais como os que ocorrem através da opinião de consumidores e influenciadores (princípios da provação social/conformidade/gosto/semelhança) e autoridade (especialistas) em dadas áreas⁷⁵².

⁷⁴⁹ Cf. Art. 19 do CBAP: “Artigo 19 Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar.”

⁷⁵⁰ Cf. art. 23 do CBAP: “Artigo 23 Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.”

⁷⁵¹ Cf. Arts. 24 a 26 do CBAP.

⁷⁵² Cf. Anexo Q do CBAP: “Testemunhal é o depoimento, endosso ou atestado através do qual pessoa ou entidade diferente do Anunciante exprime opinião, ou reflete observação e experiência própria a respeito de um produto. De acordo com esta definição, o testemunhal pode ser classificado como:

1. Testemunhal de especialista/perito É o prestado por depoente que domina conhecimento específico ou possui formação profissional ou experiência superior ao da média das pessoas.
2. Testemunhal de pessoa famosa É o prestado por pessoa cuja imagem, voz ou qualquer outra peculiaridade a torne facilmente reconhecida pelo público.
3. Testemunhal de pessoa comum ou Consumidor É o prestado por quem não possua conhecimentos especiais ou técnicos a respeito do produto anunciado. (...)

1. Testemunhal de Especialista/Perito.

a. O anúncio deverá sempre nomear o depoente e apresentar com fidelidade a sua qualificação profissional ou técnica.

b. O produto anunciado deverá ter estrita correlação com a especialidade do depoente;

c. O anúncio que se apoiar em testemunho isolado de especialista ou perito não deverá causar a impressão de que ele reflita o consenso da categoria profissional, da entidade ou da associação a que, eventualmente, pertença.

d. O testemunho prestado por profissional estará limitado pelas normas legais e éticas que disciplinam a respectiva categoria.

2. Testemunhal de Pessoa Famosa.

a. O anúncio que abrigar o depoimento de pessoa famosa deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as recomendações do Código.

b. O anúncio apoiado em testemunhal de pessoa famosa não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do Consumidor em relação ao produto.

Importante assinalar que estas práticas são admitidas, mas restritas, de modo que não há que se falar em vedação a tais princípios da persuasão a partir do CBAP.

De todo modo, empregada a publicidade enganosa ou abusiva, bem como prática comercial vedada, o negócio jurídico deve ser reputado como nulo, inclusive nos termos do art. 166, VII, do Código Civil⁷⁵³, sem prejuízo de eventual indenização em caso de danos, inclusive morais por violação aos direitos de personalidade, sendo desnecessária a comprovação de eventual sofrimento⁷⁵⁴.

4.1.3. Propaganda eleitoral

No Direito Eleitoral, também há uma série de restrições à disputa, dentre as quais se pode assinalar a vedação aos showmícios, ou seja, a eventos nos quais se apresentam artistas, bem como comícios nos quais haja “divertimento, *entretenimento*, recreação ou mero deleite dos presentes”⁷⁵⁵.

Ao mesmo passo, veda-se a distribuição de “bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor”⁷⁵⁶, de maneira que práticas como showmícios e a distribuição de certos itens podem apelar ao princípio da reciprocidade, agindo de modo consciente ou inconsciente do eleitor⁷⁵⁷.

c. Não será aceito o anúncio que atribuir o sucesso ou fama da testemunha ao uso do produto, a menos que isso possa ser comprovado.

d. O Anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público.

3. Testemunhal de Pessoa Comum ou Consumidor.

a. Sempre que um consumidor for identificado, seu nome e sobrenome devem ser verdadeiros.

b. Os modelos profissionais, os empregados do Anunciante ou das Agências de Propaganda não deverão se fazer passar por Consumidor comum.

c. O testemunho de Consumidor ficará limitado à experiência pessoal com o produto, não podendo alcançar assuntos de natureza técnica ou científica a respeito dos quais não possua capacitação ou habilitação profissional compatível.

⁷⁵³ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

⁷⁵⁴ Veja-se: “V Jornada de Direito Civil - Enunciado 445: (...) O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.”

⁷⁵⁵ Cf. Art. 39, §7º, da Lei das Eleições: “Art. 39. A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia. (...) § 7º É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado para promoção de candidatos, bem como a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral.” GOMES, José Jairo, **Direito Eleitoral**, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 571–573; VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura, **Elementos de direito eleitoral**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 289.

⁷⁵⁶ Cf. Art. 39, §6º, da Lei das Eleições: “Art. 39 (...) § 6º É vedada na campanha eleitoral a confecção, utilização, distribuição por comitê, candidato, ou com a sua autorização, de camisetas, chaveiros, bonés, canetas, brindes, cestas básicas ou quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor.” GOMES, **Direito Eleitoral**, p. 576–577; VELLOSO; AGRA, **Elementos de direito eleitoral**, p. 289.

⁷⁵⁷ CIALDINI, **Influence: Science and Practice**.

Também a Lei das Eleições estabelece que os usuários devem ter conhecimento de que as propagandas pagas na Internet somente são admitidas em se tratando de impulsionamento de conteúdos, “desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”⁷⁵⁸ e sem a finalidade pejorativa a concorrentes⁷⁵⁹.

Neste caso, a *vexata quaestio* (questão controvertida) diz respeito ao modo como se dará o impulsionamento e não a sua prática. Noutras palavras, poderão os candidatos se utilizar de meios relacionados a heurísticas e vieses ou ainda entre a correlação de traços de personalidade e princípios de persuasão?

Estas questões não estão bem endereçadas na Lei das Eleições.

Contudo, o Código Eleitoral dispõe claramente a respeito da vedação à propaganda que empregue “meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.”⁷⁶⁰

Isto implica uma vedação à manipulação baseada em diversos itens analisados, tais como as a utilização de mensagens voltadas ao medo, que influenciam pessoas mais voltadas à direita ou introvertidas⁷⁶¹.

Contudo, isto não abrange determinados princípios da persuasão como a autoridade, a prova social ou mesmo a escassez. Além disto, também a utilização de heurísticas e vieses pode se dar sem a emulação de sentimentos, fingindo atender à razão do eleitor quando na verdade houve enquadramento da informação.

Noutras palavras, há possibilidade de utilização de mensagens persuasivas não necessariamente relacionadas a elementos previstos no art. 242 do Código Eleitoral.

Além da legislação apresentada, importa observar que as eleições são objeto de Resoluções do TSE voltadas a dar maior concretude às disposições legais.

Com lastro nisto, a Resolução 23.610/19 do TSE, visando as eleições de 2022, apresentou um amplo rol de inovações em matéria de propaganda, dentre as quais cabe destacar o combate à desinformação:

Da Desinformação na Propaganda Eleitoral

⁷⁵⁸ Cf. Art. 57 – C da Lei das Eleições.

⁷⁵⁹ VELLOSO; AGRA, **Elementos de direito eleitoral**, p. 304–305; GOMES, **Direito Eleitoral**, p. 608.

⁷⁶⁰ Cf. Art. 242 do Código Eleitoral: “Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais.”

⁷⁶¹ Cf. Parte II, itens 1.2.2 e 1.2.3.

Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal.

Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação.

Estes pontos servem de primeiro contato à liberdade de expressão dentro da disputa política, tornando evidente que se trata de uma liberdade responsável e não um jogo no qual o livro de regras foi perdido na noite dos tempos.

Contudo, há de se notar aqui um potencial problema no que diz respeito ao enquadramento da informação. Podemos pensar em um exemplo simplificado referente à autonomia do Banco Central.

A discussão sobre o papel do Banco Central pode ser colocada em duas posições: i) controlar a inflação; ou ii) atuar para que haja emprego e renda por parte da população, ainda que isto de alguma maneira prejudique o controle da inflação.

No fundo, ambas as hipóteses convergem porque uma inflação descontrolada gera uma perda de renda e empregos, porém, os que defendem a autonomia do Banco Central em relação à Presidência da República estão visando que o Banco Central possa atuar a fim de perseguir a meta de inflação sem interferências políticas.

Por outro lado, aqueles que veem no papel do Banco Central um papel mais proativo na renda e emprego tendem a considerar que a independência da autarquia frente ao governo de turno causa empecilhos para a realização do plano econômico democraticamente estabelecido por meio da plataforma do presidente eleito.

Diante de um exemplo como este, mostra-se possível uma *guerra de narrativas* na qual ambos os lados possuem alguma razão em suas considerações e, pior que isso, haverá amplo suporte teórico para assinalar que o Banco Central deve estar focado apenas no controle da inflação ou ter um papel mais ativo no desenvolvimento econômico.

O exemplo acima decorre de um caso efetivamente julgado pelo TSE no qual a propaganda eleitoral da Presidente Dilma Rousseff aduziu que a autonomia do Banco Central, proposta da candidata Marina Silva, significaria dar aos banqueiros maior poder e que a comida

seria retirada da mesa dos brasileiros. Com base nisto, houve pedido de direito de resposta que foi negado monocraticamente e, após, por maioria.

Vejam os a ementa:

ELEIÇÕES 2014. RECURSO. REPRESENTAÇÃO. ELEIÇÃO PRESIDENCIAL. PROPAGANDA ELEITORAL. DIREITO DE RESPOSTA. INSERÇÃO. FATO SABIDAMENTE INVERÍDICO. ART. 58 DA LEI Nº 9.504/97. EMPREGO DE MEIOS PUBLICITÁRIOS DESTINADOS A CRIAR, ARTIFICIALMENTE, NA OPINIÃO PÚBLICA, ESTADOS MENTAIS, EMOCIONAIS OU PASSIONAIS. ART. 242 DO CÓDIGO ELEITORAL. CRÍTICA POLÍTICA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - O fato sabidamente inverídico, a que se refere o art. 58 da Lei nº 9.504/97, para fins de concessão de direito de resposta, é aquele que não demanda investigação, ou seja, deve ser perceptível de plano, a "olhos desarmados". Além disso, deve denotar ofensa de caráter pessoal a candidato, partido ou coligação. Precedentes.

II - A parte final do caput do (vetusto) art. 242 do Código Eleitoral, no sentido de que não se deva empregar, na propaganda eleitoral, "meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais", não pode embaraçar a crítica de natureza política - ainda que forte e ácida -, ínsita e necessária ao debate eleitoral e substrato do processo democrático representativo. Precedente específico: Rp nº 587/DF, Rel. Min. Gerardo Grossi, publicado na sessão de 21.10.2002.

III - Em prol da liberdade de expressão, afasta-se a concessão de direito de resposta e indefere-se pedido de suspensão definitiva de inserção na qual se disse, com apoio de imagens eloquentes (enfocando tristeza por escassez de comida), que a plataforma política da candidata recorrente sobre a autonomia do Banco Central representaria entregar aos banqueiros vultoso poder de decisão sobre a vida do eleitor e de sua família.

IV - Recurso desprovido.

(Representação nº 121177, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/09/2014)

Particularmente, parece-nos que o caso desbordou da discussão efetiva a respeito da autonomia do Banco Central e a argumentação da propaganda era *sabidamente inverídica* à luz do debate existente sobre o tema. Contudo, o que é sabidamente inverídico é apenas um critério subjetivo de pouca densidade e que permite qualquer espécie de decisão.

Assim, de acordo com o caso em apreço, especialmente o item III da ementa, seria possível argumentar que houve apenas enquadramento das informações, mas nada que tenha desbordado dos limites da propaganda eleitoral.

Contudo, verificamos na parte II desta Tese que nem sempre a propagação de desinformação (aqui no sentido de notícia falsa intencionalmente elaborada) é compartilhada pelos indivíduos de maneira inocente. Pior que isso, o papel das emoções, do pertencimento grupal e da dissonância cognitiva fazem com que eleitores formulem e propagem suas próprias mensagens de conteúdo sabidamente falso.

Desta maneira, o controle sobre os candidatos, partidos e coligações é o limite de atuação do próprio TSE na normalidade do cenário, mas não dá conta de um problema que deita raiz nos próprios membros da sociedade.

Feitas estas considerações, interessa-nos aqui também os cuidados com o tratamento de dados pessoais e as restrições à interpretação do art. 242 do Código Eleitoral, previstos nos arts. 10 e 37 – A da Resolução 23.610/19, vejamos:

DA PROPAGANDA EM GERAL

Art. 10. A propaganda, qualquer que seja sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais (Código Eleitoral, art. 242, e Lei nº 10.436/2002, arts. 1º e 2º).

§ 1º A restrição ao emprego de meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais e passionais não pode ser interpretada de forma a inviabilizar a publicidade das candidaturas ou embaraçar a crítica de natureza política, devendo-se proteger, no maior grau possível, a liberdade de pensamento e expressão. (...)

§ 4º O tratamento de dados pessoais por qualquer controlador ou operador para fins de propaganda eleitoral deverá respeitar a finalidade para a qual o dado foi coletado, observados os demais princípios e normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e as disposições desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021)

§ 5º As candidatas, os candidatos, os partidos, as federações ou as coligações deverão disponibilizar à(o) titular informações sobre o tratamento de seus dados nos termos do art. 9º da Lei nº 13.709/2018, bem como um canal de comunicação que permita à(o) titular obter a confirmação da existência de tratamento de seus dados e formular pedidos de eliminação de dados ou descadastramento, além de exercer seus demais direitos, nos termos do art. 18 da Lei nº 13.709/2018. (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021)

§ 6º O canal de comunicação de que trata o § 5º deste artigo, bem como o encarregado pelo tratamento de dados pessoais, deverão ser informados por candidatas, candidatos, partidos, federações e coligações, de forma clara e acessível, nos endereços eletrônicos previstos no art. 28, caput e § 1º desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021)

§ 7º O tratamento de dados tornados manifestamente públicos pela(o) titular realizado por candidatas, candidatos, partidos políticos, federações ou coligações para fins de propaganda eleitoral deverá ser devidamente informado à(o) titular, garantindo a esta(este) o direito de opor-se ao tratamento, resguardados os direitos da(o) titular, os princípios e as demais normas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021) (...)

Art. 33-A. Os provedores de aplicação deverão informar expressamente às usuárias e aos usuários sobre a possibilidade de tratamento de seus dados pessoais para a veiculação de propaganda eleitoral no âmbito e nos limites técnicos de cada provedor, caso admitam essa forma de propaganda. (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021)

Como visto, o art. 10 estabelece algumas limitações à aplicação do art. 242 do Código Eleitoral no sentido de lhe restringir o âmbito de aplicação para permitir o discurso político. Como vimos na Parte II desta Tese, as eleições estão atreladas inexoravelmente às emoções humanas.

Entretanto, limitações à liberdade de expressão, quando atreladas a elementos criados artificialmente, parecem-nos razoáveis e despidas de caráter invasivo ao certame eleitoral. A grande questão, entretanto, diz respeito ao que se deve considerar como um estado emocional criado artificialmente, por exemplo.

Além disto, importa notar que o tratamento de dados pessoais nas campanhas possui requisitos mais específicos que os previstos na LGPD no que diz respeito aos dados tornados manifestamente públicos pelo titular.

Realmente, o §7º do art. 10 alude expressamente à comunicação ao titular dos dados tornados manifestamente públicos o direito à informação de que seus dados estão sendo tratados (o que não é uma obrigação prevista na LGPD, visto que o art. 7º, §4º, não obriga os agentes de tratamento a comunicar ao titular dos dados o tratamento⁷⁶²) e o direito à oposição ao tratamento de seus dados, que redundará na eliminação dos dados (o qual é um direito do titular em qualquer situação, exceto nas hipóteses do art. 16 e 18, VI, da LGPD⁷⁶³). Além disto, o art. 33-A estabelece que os provedores de aplicações devem comunicar a possibilidade de tratamento de dados dos titulares para finalidades eleitorais.

O dispositivo é de importância singular, visto que o titular dos dados poderá então saber que, pela janela indiscreta das redes sociais ou por qualquer outro modo, está sendo vigiado e analisado, de modo a ter ao menos a possibilidade de se opor a prática.

Contudo, não há um dispositivo expresso vedando o microdirecionamento, a propaganda baseada em traços de personalidade e perfis comportamentais, bem como o aproveitamento de heurísticas e vieses.

⁷⁶² Cf. Art. 7º, §4º, da LGPD: „Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.”

⁷⁶³ Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades: I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados. (...)

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

Por conta disto, mesmo as inclusões feitas pelo TSE na Resolução 23.610/19, não inviabilizam dois pontos já assinalados nesta Tese, quais sejam: i) a exploração de vieses e heurísticas, que caracterizam desvios sistemáticos de racionalidade e, portanto, prescindem do tratamento de dados pessoais; e ii) mesmo que esteja ciente de uma dada prática, há estratégias de persuasão que ultrapassam as defesas cognitivas do indivíduo.

Em síntese, a legislação eleitoral (sentido amplo) busca evitar a manipulação dos eleitores, inclusive por via tecnológica, através de: i) restrições a práticas relacionadas ao princípio da reciprocidade; ii) aplicação do princípio da identificação da propaganda; iii) vedação ao impulsionamento de conteúdo que não seja “contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”; e iv) informação aos titulares de dados tornados manifestamente públicos e aos usuários de aplicações a respeito do tratamento de seus dados.

Contudo, estas inovações não dão conta de deter o impacto das tecnologias persuasivas dentro do contexto da propaganda eleitoral.

4.1.4. Estelionato

Além disto, não se ignora a criminalização da prática do estelionato⁷⁶⁴, cujos verbos do tipo deixam clara a necessidade a prática da manipulação como meio para a obtenção de vantagem por parte do criminoso⁷⁶⁵, sendo ainda de se notar que a linha entre o dolo civil e o estelionato não é bem vincada⁷⁶⁶.

Aliás, mesmo a chamada “torpeza bilateral” (a má-fé de ambas as partes) não elide a configuração do estelionato, de modo que mesmo o desejo da vítima de obter vantagem não é capaz de afastar a responsabilização pelo crime⁷⁶⁷.

Note-se também que o estelionato é um crime de forma livre, como consta na parte final do *caput* do art. 171, admite-se para a configuração do crime: “qualquer outro meio fraudulento”, permitindo então que condutas como as tecnologias persuasivas possam ser enquadradas no tipo a depender do caso.

⁷⁶⁴ Cf. Art. 171 do Código Penal: “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.”

⁷⁶⁵ MASSON, Cléber, **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)**, 15. ed. São Paulo: Método, 2022, p. 556–557; BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de direito penal: parte especial (arts. 155 a 212)**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 309–313; SOUZA, Luciano Anderson de, **Direito penal: parte especial: Arts. 155 a 234 - B do CP**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 249–251.

⁷⁶⁶ BITENCOURT, **Tratado de direito penal: parte especial (arts. 155 a 212)**, p. 309.

⁷⁶⁷ SOUZA, **Direito penal: parte especial: Arts. 155 a 234 - B do CP**, p. 251–252.

Contudo, para que ocorra o estelionato há necessidade de que a vítima seja induzida ou mantida em erro. Significa dizer que nem sempre haverá uma sobreposição entre a utilização de tecnologias persuasivas e o estelionato.

Realmente, como já visto à saciedade, a utilização de tentativas de persuasão com base em princípios da persuasão pode ou não ser enganosa. Uma mensagem persuasiva pode ser simplesmente elaborada para que se adeque ao perfil do indivíduo sem que isto configure o induzimento ou manutenção em estado de erro.

Assim, o ponto que mais pode se aproximar do erro é o enquadramento das informações. Noutras palavras, a utilização de uma tentativa de persuasão voltada a levar o indivíduo a analisar os fatos de determinado modo sem que possa se dar conta do quadro geral das informações.

Fora desta possibilidade, o aproveitamento do *status quo* ou da confiança não são necessariamente relacionados à indução ou manutenção de erro, sob pena de que qualquer soberba ou preguiça alheia dessem causa à averiguação de infração ao tipo penal.

Desta maneira, nota-se que, também aqui, há uma proteção ao indivíduo em relação à sua tomada de decisão, embora o bem jurídico tutelado no crime de estelionato seja o patrimônio⁷⁶⁸ (pois é parte do Título II da Parte Especial do Código Penal), embora também haja preocupação com a necessidade de confiança entre os membros da sociedade.

4.1.5. Recapitulação

Nota-se então que há diversas limitações à persuasão no ordenamento jurídico brasileiro, mas que estão limitadas a âmbitos específicos e que nem sempre se adequam à livre tomada de decisão. O dolo, por exemplo, somente anula o negócio jurídico quando o erro for essencial e a legislação eleitoral não cuida das heurísticas ou dos vieses e muito menos da conjugação dos traços de personalidade com princípios da persuasão.

O estelionato parece mais aderente com a estrutura das tecnologias persuasivas, salvo pelo elemento do tipo voltado ao induzimento ou manutenção em erro, motivo pelo qual, embora sua descrição seja ampla, termina por deixar lacunas sobre técnicas de persuasão que não se relacionam diretamente com o engodo.

Além disto, haveria grande discussão sobre eventual responsabilidade penal de qualquer indivíduo no processo de criação do conteúdo publicitário apresentado por meio de tecnologias

⁷⁶⁸ NUCCI, **Código Penal Comentado**, p. 938; MASSON, **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)**, p. 555; BITENCOURT, **Tratado de direito penal: parte especial (arts. 155 a 212)**, p. 306.

persuasivas. Embora seja possível discutir a prática de crime descrito no art. 67 do CDC⁷⁶⁹ caso se trate de publicidade voltada ao consumidor.

Resta, portanto, apenas a enganiosidade e a abusividade previstas no CDC como escudo do indivíduo perante as tecnologias persuasivas baseadas em seus dados pessoais ou em desvios sistemáticos de racionalidade e isto apenas por se tratar de um rol aberto. Contudo, esta proteção se dá em um campo extremamente limitado, pois as relações de consumo são apenas uma parte da experiência humana.

Ressalte-se mais uma vez que o fato de que haja disposições na legislação infraconstitucional que tocam de alguma maneira a manipulação nos moldes adotados nesta Tese não significa que a livre tomada de decisão é algo que deva ser analisado apenas no plano da legislação comum. Pelo contrário, isto deve ser observado como a conformação do direito fundamental à livre tomada de decisão através de sua implementação nas mais variadas faces da legislação.

Do mesmo modo que o direito de propriedade ou a proteção do consumidor não se extinguem em sua regulação constitucional, sendo necessário o concurso de legislação infraconstitucional, isto se dá em relação à livre tomada de decisão, que necessita receber maior concretude através da legislação ordinária. Como pontua BUBLITZ, não há uma análise sistemática “para definir meios permitidos e proibidos de mudar ideais (*change minds*)” (tradução livre)⁷⁷⁰.

LUNGU pontua que:

se o potencial da perfilização e influência (*influencing*) crescer como nós suspeitamos nos próximos anos, devemos avisar que não será suficiente desenvolver regulações sobre o neuromarketing (...) O big data obtido de vários aparelhos, machine learning e neurociência criará um multiverso de questões éticas. (tradução livre)⁷⁷¹

Do que se pôde analisar até o momento, pode-se destacar: i) o direito à liberdade e a cláusula geral de direitos de personalidade não podem ser tomados como simples direito de ação em sentido restrito, mas devem compreender também a proteção do indivíduo em seus processos deliberativos; ii) o direito a não ter utilizado contra si meios manipulativos é presente na legislação esparsa com um vigor que demonstra a preocupação do legislador em dar concretização ao direito de liberdade e aos direitos de personalidade, mas que não soluciona o

⁷⁶⁹ Cf. Art. 67 do CDC: “Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

⁷⁷⁰ BUBLITZ, My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept.

⁷⁷¹ LUNGU, The Limits and the Ethics of Consumer Profiling, p. 158.

problema; e iii) ainda que não haja ocultação da estratégia persuasiva utilizada, isto não implica necessariamente em permissão para a exploração de debilidades do indivíduo.

4.2. Diferenciação entre o direito fundamental à livre tomada de decisão e o direito à liberdade cognitiva.

Após a delimitação do âmbito de aplicação *prima facie* do direito à livre tomada de decisão e um percurso sobre a legislação referente a condutas que possam ludibriar os indivíduos em diversas searas do ordenamento, cumpre apresentar a diferença do direito à livre tomada de decisão face ao direito à liberdade cognitiva, visto que ambos tratam da proteção do indivíduo em relação à sua liberdade no sentido mais profundo.

O direito à liberdade cognitiva está calcado em um plano mais amplo, referente aos neurodireitos (*neuro-rights*), os quais abarcam não só a liberdade de tomada de decisão, mas também a possibilidade de incremento do potencial humano através de substâncias ou mecanismos que possibilitem ao indivíduo ultrapassar suas limitações biológicas⁷⁷², inclusive do ponto de vista moral⁷⁷³. Embora o termo seja utilizado em uma variedade de contextos e sentidos⁷⁷⁴.

Uma das definições possíveis de liberdade cognitiva é a seguinte: “o direito do indivíduo controlar sua própria mente: o tijolo básico da liberdade” (tradução livre)⁷⁷⁵, sendo que a expressão cognitiva é utilizada como “o processo que um indivíduo usa para organizar a informação recebida”. Contudo, ao mesmo tempo que a liberdade cognitiva postula um dever de abstenção, também assume um direito à alteração da própria mente⁷⁷⁶.

Note-se, porém, que não se trata de uma definição pacífica, outros compreendem a liberdade cognitiva dando mais ênfase à utilização de neurotecnologias e a proibição de sua utilização de modo coercitivo ou não autorizado⁷⁷⁷.

Isto se dá, por exemplo, quando se discute a estimulação profunda do cérebro (*deep brain stimulation*), podendo levar a estados de excitação ou euforia ou ainda por meio de drogas

⁷⁷² SOMMAGIO, Paolo *et al*, Cognitive Liberty: A first step towards a human neuro-rights declaration, **BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto**, n. 3, p. 24-45, 2017.

⁷⁷³ BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

⁷⁷⁴ WÓLPE, Neuroprivacy and Cognitive Liberty.

⁷⁷⁵ SOMMAGIO *et al*, Cognitive Liberty: A first step towards a human neuro-rights declaration.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ IENCA; ADORNO, Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology.

(no sentido lato), que podem levar a alterações temporárias de traços de personalidade como a oxitocina (hormônio do amor) ou a serotonina (hormônio do prazer)⁷⁷⁸.

Note-se que a liberdade de mente (*freedom of mind*) não significa liberdade das emoções (*freedom from emotions*), havendo uma relação intrincada entre estes elementos mesmo quando se considera a possibilidade de aprimoramento moral⁷⁷⁹.

Feitas estas considerações, a liberdade cognitiva teria três eixos principais referentes à: i) privacidade (os pensamentos devem ser mantidos dentro da privacidade); ii) autonomia (o indivíduo deve pensar de modo livre); e iii) escolha (a utilização ou não de aprimoramentos cognitivos (*cognitive enhancements*) deve ser uma escolha do indivíduo)⁷⁸⁰.

Veja-se também que há autores a pontuar que a influência da mídia (aqui em sentido latíssimo) não é objeto da liberdade cognitiva, pois haveria liberdade de se opor a tais tentativas de persuasão⁷⁸¹. Por outro lado, BUBLITZ pontua que a liberdade cognitiva estaria atrelada à “soberania dos indivíduos sobre suas mentes” (tradução livre)⁷⁸², abrindo caminho para uma aproximação com o que entendemos por livre tomada de decisão.

Embora a ideia de aprimoramentos cognitivos seja convidativa (basta pensar nos inúmeros indivíduos que sofrem com transtornos ou que, por situações financeiras, não tiveram acesso à educação e agora “correm contra o tempo”), a discussão não pode ser deixada apenas nos pontos ideais.

Em primeiro lugar, ainda que se possa discutir a universalização do acesso ao aprimoramento cognitivo, isto está atrelado a questões fiscais altamente importantes dentro do orçamento público e que não podem ser negligenciadas. A alocação de recursos escassos sempre deve ser ponderada mediante a consideração de que inúmeras doenças são existentes e o simples acesso ao aprimoramento cognitivo pode não ser a melhor escolha pública.

Na hipótese de que tais bens sejam vendidos no mercado, isto pode tornar a distância entre as classes sociais ainda maior, tornando então possível a criação de verdadeiros humanos superiores e inferiores. Isto, evidentemente, é um ponto que deve ser evitado a todo custo dentro dos valores constitucionais, especialmente o da igualdade substancial.

⁷⁷⁸ SOMMAGIO *et al*, Cognitive Liberty: A first step towards a human neuro-rights declaration; IENCA; ADORNO, Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology; BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

⁷⁷⁹ BUBLITZ, Moral Enhancement and Moral Freedom.

⁷⁸⁰ SOMMAGIO *et al*, Cognitive Liberty: A first step towards a human neuro-rights declaration; WÓLPE, Neuroprivacy and Cognitive Liberty.

⁷⁸¹ WÓLPE, Neuroprivacy and Cognitive Liberty.

⁷⁸² BUBLITZ, My Mind is Mine!?! Cognitive Liberty as a Legal Concept.

Ainda que possa ser superado, não é demasiado pensar que, a partir do momento em que a utilização do aprimoramento cognitivo entra em cena, os indivíduos que não desejam participar de semelhante aprimoramento poderão sofrer maiores dificuldades no mercado de trabalho, pois seu rendimento possivelmente será inferior.

Assim, a utilização de aprimoramentos cognitivos deve ser pensada com extrema cautela à luz de: i) dificuldades de universalização do acesso aos aprimoramentos; ii) possibilidade de incremento da desigualdade entre classes sociais; e iii) possibilidade de discriminação entre aprimorados e não aprimorados no mercado de trabalho.

Do que se verifica, a diferença entre o direito fundamental à livre tomada de decisão e a liberdade cognitiva está vincada no aspecto positivo, ou seja, a livre tomada de decisão não se preocupa com a utilização de aprimoramentos cognitivos, mas apenas e tão somente com a proibição de incursões na mente/cérebro do indivíduo por meio de técnicas manipulativas que afetem a tomada de decisão.

4.3. Diferenciação entre autodeterminação informativa e livre tomada de decisão.

Também é possível vislumbrar uma sobreposição entre a autodeterminação informativa e a livre tomada de decisão, inclusive por serem ambas filhas do livre desenvolvimento da personalidade.

Como se sabe, o TCF, no famoso caso da Lei do Censo, entendeu que não havia resguardo suficiente aos cidadãos alemães, de maneira que foi necessário restringir o poder do Estado em relação ao controle dos dados pessoais dos cidadãos e seu uso dentro das esferas administrativas, ocasionando parcial inconstitucionalidade da Lei do Censo (BVerfGE 54, 1).

Na ementa do julgado, os traços principais da autodeterminação informativa foram apontados:

EMENTAS

1. Tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade previsto no Art. 2 I GG c.c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.

2. As restrições desse direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve

tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade.⁷⁸³

No acórdão, o livre desenvolvimento da personalidade ganha contornos ainda mais nítidos:

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação –, que ao indivíduo seja garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar, com suficiente segurança, quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser substancialmente inibido em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente nas quais cidadãos não soubessem mais quem, o quê, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito à autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção por tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembleia ou em uma iniciativa popular possa ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas [futuros], possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art. 8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos.

Daí resulta: o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições do processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Essa proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar, em princípio [só] ele mesmo, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.⁷⁸⁴

Após o reconhecimento da autodeterminação informativa pelo TCF, ela foi recepcionada pela doutrina como um direito à escolha do destino dos próprios dados pessoais, ou seja, como um meio para que os dados fluam ou não para sociedades empresárias, terceiros e o próprio Estado.

MENDES sintetiza a visão do TCF sobre a autodeterminação informativa em três pontos fundamentais: i) o titular possui o direito de decidir sobre seus dados pessoais; ii) a proteção de dados pessoais não é fixa e nem se confunde com o direito à privacidade; e iii) “cada registro que se revela como pessoal é merecedor de proteção”⁷⁸⁵.

⁷⁸³ MARTINS, **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**, p. 56.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁸⁵ MENDES, Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, p. 232; Veja-se também: DONEDA, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, p. 165 e seguintes.

No Direito brasileiro, a autodeterminação informativa ganhou ainda mais relevância no Referendo à Medida Cautelar na ADI 6.387/DF, quando a Ministra Rosa Weber claramente enfatizou que a Medida Provisória 954/20 violava a autodeterminação informativa, como se pode verificar na ementa do julgado:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias

fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)

Da análise dos itens 5, 6 e 7 da ementa, infere-se também a participação dos princípios da finalidade, necessidade, transparência, segurança e prestação de contas, todos eles previstos na LGPD no art. 6º e conjugados à própria autodeterminação informativa⁷⁸⁶.

As apreciações doutrinárias a respeito do direito à autodeterminação informativa, ou seja, sobre “o controle sobre suas informações”⁷⁸⁷ não enfrentam grande divergência, visto que as diferenças são mais voltadas ao estilo de escrita dos autores do que em relação ao conteúdo em si do direito e princípio.

Uma das definições mais completas é a de ARROYO:

Como direito subjetivo, a autodeterminação informativa supõe que seu titular possa exercer controle sobre as informações vinculadas à sua pessoa —dados pessoais— que estejam registradas ou armazenadas em bancos de dados, registros ou arquivos públicos ou privados, de forma que sejam permitido, sem interferência, acessar os dados, solicitar sua modificação, atualização, exclusão ou supressão, bem como impedir o acesso de terceiros; e que qualquer tipo de manipulação que nele seja realizada é feita com o seu conhecimento e consentimento.

Como instituição ou princípio objetivo, a autodeterminação informativa ou a proteção de dados pessoais impõe uma série de obrigações ao Estado e às instituições privadas que coletam ou armazenam os dados. Nesse sentido, é necessário estabelecer autoridades e instituições administrativas, bem como procedimentos administrativos e judiciais para garantir seu exercício e proteção contra interferências não autorizadas de terceiros (direitos sancionatórios e proteção constitucional). (tradução nossa)⁷⁸⁸

FRENZ sintetiza que o “indivíduo também pode determinar sobre o conteúdo e uso dos dados a ele referentes” (tradução livre), além de solicitar sua correção caso tenha ocorrido

⁷⁸⁶ Sobre a importância do julgamento, veja-se: MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da, O supremo tribunal federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 61–71.

⁷⁸⁷ DONEDA, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, p. 169.

⁷⁸⁸ No original: "Como derecho subjetivo, la autodeterminación informativa supone que su titular puede ejercer un control sobre la información vinculada a su persona —datos personales— que se encuentra registrada o almacenada en bancos de datos, registros o archivos públicos o privados, de modo tal que le esté permitido, sin interferencias, acceder a los datos, solicitar su modificación, actualización, exclusión o supresión, así como impedir que terceros puedan acceder a la misma; y que cualquier tipo de manipulación que se efectúe sobre ella se haga con su conocimiento y consentimiento. Como institución objetiva o principio, la autodeterminación informativa o protección de datos personales impone una serie de obligaciones al Estado y las instituciones privadas que recopilan o almacenan los datos. Al respecto, corresponde establecer autoridades e instituciones administrativas, así como procedimientos administrativos y judiciales para garantizar su ejercicio y protección frente a intromisiones no autorizadas de terceros (derecho sancionador y protección constitucional). " ARROYO, **Los derechos fundamentales**, p. 76.

tratamento pelo que, para nós, seriam outras bases legais⁷⁸⁹. Em sentido semelhante, MICHAEL e MORLOCK referem-se a uma necessidade humana “de se mostrar na comunidade social, isto é, de determinar ele próprio quem fica a saber alguma coisa sobre si – mais precisamente também como, quando e por quem”⁷⁹⁰.

SARLET verifica no livre desenvolvimento da personalidade, com apoio na doutrina alemã, a autodeterminação informativa como “o direito à livre disposição sobre os dados pessoais, de tal sorte que não se trata apenas de uma proteção dos dados contra o conhecimento e uso por terceiros”⁷⁹¹

LIMBERGER compreende a autodeterminação informativa como a: “liberdade do indivíduo para determinar se deseja tornar públicas informações a seu respeito, bem como a quem cedê-las e em que ocasião”⁷⁹². HUFEN divide o caráter protetivo do direito em relação à intervenção de terceiros e um caráter ativo no que diz respeito à autodeterminação dos dados que serão fornecidos⁷⁹³.

Por sua vez, MIRAGEM descreve a autodeterminação informativa como “decisão livre e racional da pessoa a quem os dados digam respeito (titular dos dados), o poder jurídico para determinar a possibilidade e finalidade de sua utilização, assim como seus limites”⁷⁹⁴.

De modo similar, ROSENVALD e BRAGA NETTO: “Falar em autodeterminação informativa é falar no direito do cidadão de deliberar sobre os dados que lhe dizem respeito”⁷⁹⁵. E ainda VAINZOF:

A autodeterminação informativa, que é o controle pessoal sobre o trânsito de dados relativo ao próprio titular – e, portanto, uma extensão de liberdades do indivíduo – conjuga as duas já mencionadas concepções de privacidade de dados: a primeira de caráter negativo e estático; e a moderna, em que a intervenção (proteção) é dinâmica, durante todo o ciclo de vida dos dados nos mais variados meios em que possa circular.⁷⁹⁶

⁷⁸⁹ FRENZ, *Handbuch Europarecht: Europäische Grundrechte*, p. 431–432.

⁷⁹⁰ MICHAEL; MORLOK, *Direitos Fundamentais*, p. 348.

⁷⁹¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 490; Em sentido similar: COLOMBO, Cristiano, Art. 2º, *in*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura (Orgs.), *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, Indaiatuba: Foco, 2022, p. 10–11.

⁷⁹² LIMBERGER, Têmis, Informação em rede: uma comparação da lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu, *in*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Orgs.), *Direito digital: direito privado e internet*, 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 259.

⁷⁹³ HUFEN, *Staatsrecht*, p. 195.

⁷⁹⁴ MIRAGEM, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 218.

⁷⁹⁵ ROSENVALD; BRAGA NETTO, *Leis Civis Comentadas*, p. 120.

⁷⁹⁶ VAINZOF, Art. 2º, p. 27.

Enfim, a autodeterminação informativa se refere ao poder do titular sobre os dados pessoais que lhe dizem respeito. Isto não conflita com o direito de que a decisão a ser tomada pelo particular seja livre de artifícios manipulativos. Aliás, a doutrina apresenta possíveis interferências fáticas no consentimento, tais como: i) “limitações cognitivas do titular”; ii) possibilidade de ausência de escolha efetiva; e iii) possibilidade de que o titular não compreenda efetivamente as implicações de seu consentimento à luz das tecnologias atuais⁷⁹⁷.

Como pontua DONEDA:

(...) o consentimento para o tratamento de dados pessoais pode-se apresentar como um procedimento aparentemente inócuo – as consequências que dele podem advir podem ser pouco nítidas e difíceis de serem identificadas. A investigação social nota que até mesmo a impessoalidade que impera em relações comerciais (e principalmente nas realizadas on-line) é um fator que induz a uma falsa segurança na revelação de informação de caráter pessoal e, conseqüentemente, no consentimento ao seu tratamento.⁷⁹⁸

Também neste ponto RODOTÀ alertava sobre o trabalho de Sísifo de manter-se fora do tratamento de seus dados pessoais:

Silenciar o chip ou impedir o rastreamento apenas nas aparências restaura a autonomia e o autocontrole de uma pessoa que continuamente se mede não com uma abstração técnica, mas com poderes que afetam diretamente sua vida. Isso cria mais uma assimetria, uma lacuna de poder que não pode ser superada com intervenções que obriguem o interessado a prestar atenção constante e uma necessidade contínua de acompanhar gestos habituais e diários, como os ligados à navegação comum na Internet ou ao carregar um cartão eletrônico com ele, com um suplemento de ações que podem parecer irritantes, inúteis.

Este é o limite de todas as técnicas de opting-out, de "chamar-se fora", que confiam a garantia dos dados pessoais à supervisão exclusiva do interessado, que é obrigado a realizar uma série interminável de atos defensivos, enquanto por outro lado, os senhores da informação, já em condições de exercer várias formas de pressão sobre os utilizadores, podem limitar-se a uma espera que lhes permita beneficiar de uma situação que, por razões de tempo ou de informação insuficiente, conduz à passividade. Diferente é o peso que os direitos que acabamos de mencionar, o de silenciar o chip e o de não ser rastreado, assumem quando fazem parte de um contexto institucional que não se baseia apenas no poder individual inadequado ou enganoso, mas ele mesmo identifica os limites. e as condições que devem ser respeitadas por aqueles que têm a oportunidade de se apossar de pessoas por meio de uma coleta sistemática de informações sobre elas. (tradução nossa)⁷⁹⁹

⁷⁹⁷ MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da, Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 78–84.

⁷⁹⁸ DONEDA, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, p. 299.

⁷⁹⁹ No original: “Rendere silenzioso il chip o impedire il tracciamento solo nelle apparenze restituiscono autonomia e controllo del sé a una persona che continuamente si misura non con una astrazione tecnica, ma con poteri che incidono direttamente sulla sua vita. Si crea così una ulteriore asimmetria, un dislivello di potere che non si può colmare con interventi che obbligano l’interessato a una continua attenzione e a una continua necessità di accompagnare gesti abituali e quotidiani, quali sono ormai quelli legati all’ordinario navigare in rete o al portare con sé una carta elettronica, con un supplemento di azioni che possono sembrargli pure fastidiose, inutili. È questo il limite di tutte le tecniche di opting-out, del «chiamarsi fuori», che affidano la garanzia dei dati personali alla

Cumpra ainda notar que o consentimento é tomado com importância dentro das bases legais para o tratamento de dados pessoais, o que não implica qualquer demérito das demais hipóteses previstas nos arts. 7º e 11⁸⁰⁰.

No que diz respeito ao consentimento, conforme sua descrição no art. 5º, XII, da LGPD deve ser: “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Sobre isso, já nos manifestamos:

Disto se pode constatar que o titular dos dados deve consentir sem impedimentos (livre), tendo acesso às informações necessárias para a tomada de decisão (informada) e de modo expreso (inequívoca) em relação a uma finalidade determinada, ou seja, não se admite um “cheque em branco” do titular ao controlador dos dados.⁸⁰¹

Aliás, a expressão inequívoca pode ser levada a diversos níveis de exigência, pois VIOLA e TEFFÉ se posicionam a respeito de seu significado como manifestação que deve ser “não ambígua, evidente e ocorrer de forma clara”⁸⁰². BIONI exige mais da manifestação à luz de um processo de formação da tomada de decisão, demandando “uma ação afirmativa que não deixe dúvidas sobre a intenção do titular”⁸⁰³.

Ainda que se discuta o legítimo interesse do controlador, há posicionamentos favoráveis a situações nas quais a base legal pode ser utilizada para autorizar tecnologias persuasivas, tais como: “ofertas mais adequadas e personalizadas a seus clientes, usando os dados estritamente necessários”, “envio de e-mail com descontos específicos” ou “lembrar o usuário que ele deixou itens no carrinho online”⁸⁰⁴

sola vigilanza dell’interessato, tenuto a una interminata serie di atti difensivi, mentre dall’altra parte i signori delle informazioni, già in condizione di esercitare sugli utenti varie forme di pressione, possono limitarsi a una attesa che consente loro di beneficiare di una situazione che, per ragioni di tempo o di insufficiente informazione, induce alla passività. Diverso è il peso che i diritti appena ricordati, quello di rendere silenzioso il chip e quello di non essere tracciati, assumono quando sono parte di un contesto istituzionale che non si affida soltanto a un inadeguato o ingannevole potere individuale, ma individua esso stesso i limiti e le condizioni che devono essere rispettati da parte di chi ha la possibilità di impadronirsi delle persone attraverso una sistematica raccolta delle informazioni che le riguardano.” RODOTÀ, Stefano, **Il mondo nella rete: Quali i diritti, quali i vincoli**, Roma: Laterza, 2014.

⁸⁰⁰ VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de, Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 120.

⁸⁰¹ KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 275.

⁸⁰² VIOLA; TEFFÉ, Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11, p. 124.

⁸⁰³ BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria, O consentimento como processo: em busca do consentimento válido, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 154–155.

⁸⁰⁴ VIOLA; TEFFÉ, Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11, p. 128; Em sentido similar, mas dentro de uma perspectiva mais voltada à expectativa do titular: BIONI, Bruno,

Ainda que se faça o teste de ponderação indicado no Grupo de Trabalho do artigo 29, a doutrina tende a considerar que “é possível o Controlador presumir que determinada oferta ou anúncio beneficiará o cliente, ainda que não sido coletado o consentimento do titular para que pudessem ser tratados seus dados pessoais com a finalidade de utilização publicitária”⁸⁰⁵.

Também há posicionamentos favoráveis a “concluir que a busca pelo lucro permite o tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular e sem que tal tratamento esteja encaixado em nenhuma outra base legal (...)”, o fundamento de tal posicionamento reside na previsão de que o legítimo interesse pode ocorrer em situações nas quais se busque “o apoio e a promoção das atividades do Controlador”⁸⁰⁶.

Por outro lado, como pontuam FRAZÃO, CARVALHO e MILANEZ: “‘apoio e promoção das atividades do controlador’ é expressão que justifica praticamente tudo, com exceção de atos emulativos ou evidentemente abusivos”⁸⁰⁷.

Evidentemente, o tratamento de dados pessoais não exclui o direito de acesso do titular dos dados, inclusive o direito à sua retificação:

A noção de esfera privada engloba assim todos os dados pessoais - verdadeiramente sem fronteiras - e o poder de controle do titular dos dados não é impedido pelo fato de que determinada informação está atualmente disponível para outros. Também neste caso, o exercício deste poder é confiado a um direito de acesso que o interessado pode exercer a qualquer pessoa que detenha dados que lhe digam respeito direta ou indiretamente. A categoria de acesso apresenta-se como uma estrutura unificadora, que concretiza o exercício dos poderes atribuídos à pessoa nas mais variadas situações, desde o ingresso na rede até a relação com as diferentes categorias de bens comuns, ao controle permanente do eu (*sé*) eletrônico. (tradução nossa)⁸⁰⁸

Passando agora à diferenciação entre a autodeterminação informativa e a livre tomada de decisão, imaginemos que um dado agente de tratamento utilize modelo *opt-out* nas opções de consentimento do tratamento dos dados pessoais visando se aproveitar do viés do *status quo*

Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional, *in*: MENDES, Laura Schertel *et al* (Orgs.), **Tratado de proteção de dados pessoais**, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 167–168.

⁸⁰⁵ ROSSI FILHO, Renato, O legítimo interesse e o comércio eletrônico no Brasil, *in*: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Orgs.), **O legítimo interesse e a LGPD**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 261.

⁸⁰⁶ OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio, O legítimo interesse, *in*: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Orgs.), **O legítimo interesse e a LGPD**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 74.

⁸⁰⁷ FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna, **Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD**, Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 170.

⁸⁰⁸ No original: “La nozione di sfera privata ingloba così l’insieme dei dati personali – davvero senza confini – e il potere di controllo dell’interessato non è precluso dal fatto che determinate informazioni si trovino attualmente nella disponibilità altrui. Anche in questo caso, l’esercizio di questo potere è affidato a un diritto di accesso che l’interessato può esercitare nei confronti di chiunque detenga dati a lui riferibili direttamente o indirettamente. La categoria dell’accesso si presenta come struttura unificante, che rende concreto l’esercizio dei poteri attribuiti alla persona in una molteplicità di situazioni, dall’entrata nella rete al rapporto con le diverse categorie di beni comuni, al permanente controllo del sé elettronico.” RODOTÀ, **Il mondo nella rete: Quali i diritti, quali i vincoli**.

ou ainda que o titular dos dados consinta com publicidades baseadas em seu perfil comportamental em virtude da forma com que a opção lhe é apresentada (enquadramento).

Dentro de uma leitura da autodeterminação informativa, o titular dos dados apenas consentiu com o tratamento de seus dados pessoais, pois apresentou uma “manifestação livre, informada e inequívoca”⁸⁰⁹ de que concordava com as finalidades apresentadas pelo controlador.

Também se pode pensar no fato de que um dado usuário utilize com afincos suas redes sociais e torne públicos diversos dados pessoais. Sobre tais dados, embora a LGPD permaneça aplicável, não se exige a base legal do consentimento para que seja possível o tratamento dos dados pessoais⁸¹⁰, embora se pontue que o tratamento destes dados deva se dar no contexto em que foram publicizados⁸¹¹. Assim, este indivíduo poderá ser objeto de publicidade direcionada a ele com base em seu perfil psicográfico e que foi formado com os dados que ele voluntariamente expôs ao mundo.

Dentro deste cenário, a livre tomada de decisão aparece como um princípio protetivo, seja para que não se utilize heurísticas e vieses no consentimento para o tratamento de dados pessoais, seja para que o titular seja informado que dada publicidade foi elaborada a partir de seus traços de personalidade.

Desta maneira, protege-se o consentimento do titular da exploração de desvios sistemáticos de racionalidade que não são diretamente colidentes com o aspecto informativo do consentimento. A informação adequada foi transmitida, o que se explorou foi, eventualmente, a preguiça (*status quo*) ou a forma de sua apresentação (enquadramento) e não ocorreu cerceamento da liberdade de consentimento do titular no sentido *all or nothing* (tudo ou nada).

Note-se, porém, que nosso exemplo de exploração do viés do *status quo* pode ser objetado por uma decisão do Tribunal de Justiça Europeu (TJE) que, no caso C-673/17, compreendeu que o consentimento deve ser uma conduta ativa do usuário e não passiva, de modo que o modelo de *opt-out* não é apto para a aferição do consentimento⁸¹².

⁸⁰⁹ Cf. Art. 5º, XII, da LGPD.

⁸¹⁰ Cf. Art. 7º, §4º, da LGPD.

⁸¹¹ FRAZÃO; CARVALHO; MILANEZ, **Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD**, p. 196; MIRAGEM, Bruno; MADALENA, Juliano, Art. 7º, *in*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura (Orgs.), **Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais**, Indaiatuba: Foco, 2022, p. 90–91.

⁸¹² FRITZ, Karina Nunes, **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 109–112.

Entretanto, não é incomum entre nós que diversos sites se utilizem de formulações como “ao permanecer no site você concorda com nossa política de privacidade” ou semelhantes, não havendo ainda decisão a respeito da vedação do *opt-out* no Direito brasileiro.

Além disto, a possibilidade de enquadramento das informações ou o simples “consentimento” por rotas periféricas permanece, de maneira que a própria autorização para o tratamento dos dados pessoais, uma das bases legais de maior importância, pode ser comprometida se não houver o devido respeito à livre tomada de decisão.

Também é oportuno observar que, no caso dos dados tornados manifestamente públicos, o próprio titular pode desconhecer as implicações de suas postagens em redes sociais e suas repercussões nas publicidades a ele direcionadas. A informação de que a estratégia de persuasão é baseada em seus traços de personalidade, por exemplo, poderá lhe levar a utilizar seus direitos de titular e ainda ser mais cioso com sua persona digital.

Neste ponto, como vimos, andou bem a Resolução 23.610/19 do TSE em seus arts. 10, §7º, e 33 – A, que possibilitam ao titular dos dados perceber que o seu comportamento no ambiente digital poderá trazer implicações referentes às propagandas eleitorais.

Portanto, embora possa parecer que há uma sobreposição integral entre a autodeterminação informativa e a livre tomada de decisão, a sobreposição é apenas parcial, sendo direitos complementares, inclusive por decorrerem do livre desenvolvimento da personalidade.

4.4. Livre tomada de decisão, liberdade de expressão, livre iniciativa, livre concorrência e proteção do consumidor

Ainda há de se pensar em um eventual conflito entre a livre tomada de decisão e direitos como a liberdade de expressão, livre iniciativa e livre concorrência.

Como se sabe, a liberdade de expressão é um direito fundamental de grande importância e voltado à exteriorização dos pensamentos de seus titulares, mas não possui um caráter absoluto. Em sistemas com um rol de direitos fundamentais mais conciso, como é o caso dos EUA, utiliza-se a liberdade de expressão como defesa frente ao cerceamento da liberdade publicitária (*commercial speech*). Entre nós, escorado na doutrina e jurisprudência norte-americana, SABINO defende a liberdade de expressão publicitária⁸¹³.

⁸¹³ SABINO, Marco Antonio da Costa, **Publicidade e liberdade de expressão: a defesa do direito de anunciar**, Curitiba: Juruá, 2019; Veja-se, sobre o tema: AFONSO, **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**, p. 90–104.

De um modo geral, a liberdade de expressão pode ser tomada como liberdade de formar e exteriorizar uma opinião (*Meinung*), que pode abranger questões que vão desde a defesa de ideais políticos à simples publicidade⁸¹⁴.

Contudo, em um sistema como o nosso, no qual há uma ampla gama de direitos, a questão é mais bem solvida à luz da análise de eventual colidência entre os direitos e princípios de livre iniciativa e livre concorrência, os quais se encontram previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Isto pode ser desafiado, por exemplo, pelo entendimento de RÓDRIGUEZ e ÁGUILA-REAL, que veem na livre iniciativa (*libertad de empresa*) um conteúdo abrange o suficiente para que se conecte com a liberdade de expressão⁸¹⁵, sendo oportuno considerar que a Constituição espanhola não poderia ser considerada sintética, visto que possui 169 artigos, sem contar as disposições adicionais.

Em todo caso, os próprios autores rememoram que a restrição à livre iniciativa é possível, do mesmo modo que a liberdade publicitária, desde que a limitação seja realizada por motivos sólidos e não por simples intervenção⁸¹⁶⁸¹⁷.

Como se sabe, a livre iniciativa se refere ao ingresso do indivíduo no mercado, somente podendo haver restrições quando amparadas por uma razoável justificativa do Estado⁸¹⁸. A respeito da livre iniciativa, pontuam NERY e NERY JR:

Como decorrência dela, cabe ao empresário dizer o que produzir, como produzir, quando produzir e por qual preço vender. Assim, a liberdade de iniciativa implica, necessariamente, a liberdade de gestão e a liberdade de empresa. A liberdade de gestão e de empresa indica a necessidade do empresário poder, livremente, autodeterminar-se para ficar o seu negócio e dizer como produzir, com as técnicas negociais que houver por bem desenvolver.⁸¹⁹

COELHO localiza quatro desdobramentos da livre iniciativa, a saber: i) “imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada”; ii) “lucro como principal fator de

⁸¹⁴ WINKLER, *Die Grundrechte der Europäischen Union*, p. 415–416.

⁸¹⁵ RODRÍGUEZ, Candido Paz-Ares; ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaro, Artículo 38, *in*: FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo; BAAMONDE, María Emilia Casas (Orgs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2018, v. 1, p. 1254.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ O mesmo se dá em relação ao conflito entre a liberdade de expressão e os demais direitos de personalidade: “VIII Jornada de Direito Civil - Enunciado 613: A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.”

⁸¹⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira, *Direito Antitruste*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51; AGUILLAR, Fernando Herren, *Direito econômico: do direito nacional ao supranacional*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264.

⁸¹⁹ NERY; NERY JUNIOR, *Instituições de Direito Civil: Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade*, p. 649.

motivação”; iii) “importância da proteção jurídica do investimento”; e iv) “importância da empresa na geração de postos de trabalho” e na produção de riqueza⁸²⁰.

Aqui há de se destacar que, ainda que tenhamos enfatizado o aspecto negativo da livre iniciativa, ou seja, a abstenção do Estado na criação de restrições não *razoáveis* para o exercício de atividade econômica, não se deve olvidar que o próprio Estado possui um papel importante em assegurar a existência do mercado ao estabelecer institutos como a propriedade privada, o direito dos contratos e regras de concorrência para evitar o abuso de posição dominante⁸²¹.

A livre concorrência, por sua vez, trata da possibilidade de disputar no mercado uma vez que nele se ingressou. Cuida-se, portanto, de um princípio que visa a permanência após o ingresso através do controle de condutas e estruturas a fim de que seja possível aos concorrentes uma disputa minimamente justa.

Noutras palavras, a livre concorrência “é o contraponto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo”, tendo uma função limitativa da livre iniciativa para que seja possível uma disputa esportiva⁸²², vedando-se a concorrência desleal e o abuso de poder econômico⁸²³.

Como pontua HORN, não há contradição, mas complementariedade entre uma economia livre e a regulação estatal, sendo que a última deve ter sua necessidade justificada⁸²⁴.

Não nos parece que seja o caso de uma situação de limitação da livre iniciativa ou da livre concorrência a vedação a determinadas formas de publicidade que exploram traços de personalidade ou desvios sistemáticos de racionalidade. Inclusive porque não se pode ignorar que a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e a livre concorrência são direitos oponíveis entre particulares e não apenas frente ao Estado⁸²⁵.

Há de se lembrar que, além dos princípios supramencionados, a defesa do consumidor também compõe a ordem econômica constitucional, devendo haver a busca por um ambiente no qual seja possível possibilitar o máximo de ofertantes, máxima variedade e menores preços.

Veja-se, inclusive, que a utilização de tecnologias persuasivas tem o potencial de dificultar o ingresso de novas sociedades empresárias e tornar a competição publicitária muito

⁸²⁰ COELHO, **Curso de direito comercial: direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito**, p. 70.

⁸²¹ RODRÍGUEZ; ÁGUILA-REAL, Artículo 38, p. 1255.

⁸²² AGUILAR, **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**, p. 265; No mesmo sentido: GABAN; DOMINGUES, **Direito Antitruste**, p. 254.

⁸²³ RAMOS, André Santa Cruz, Art. 170, *in*: EQUIPE FORENSE (Org.), **Constituição Federal Comentada**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1332.

⁸²⁴ HORN, Artikel 2, p. 198–199.

⁸²⁵ PAWLOWSKI, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Schutz der Persönlichkeitsrechte?*, p. 113.

mais dispendiosa, dado que os avanços em “controle da mente” não são obtidos meramente através de escutas passivas nas redes sociais⁸²⁶.

Veja-se que o mercado digital e, por consequência, o tratamento de um conjunto relativamente elevado de dados pessoais, deixa de ser uma possibilidade dentro da estratégia publicitária ou eleitoral. Pelo contrário, como aponta OLIVEIRA: “O digital já não constitui, nesta fase, uma forma de diferenciação, tornando-se antes o factor mínimo, o custo-necessário de entrada no mercado”⁸²⁷.

Dentro deste quadro, ao invés do que poderia parecer no início, a limitação da utilização das tecnologias persuasivas tem a possibilidade de reduzir barreiras de entrada (facilitando a livre iniciativa) e evitar que a disputa comercial se torne injusta às sociedades que não dispõem de bancos de dados de grande porte (viabilizando a livre concorrência).

Além disto, a literatura indica que a concorrência no mercado não possui o condão de solucionar as falhas de mercado comportamentais, que poderão dar vantagem indevida aos agentes que se aproveitam do Sistema 1⁸²⁸.

Não é sem razão que o paradigma do 4E (*experience, exchange, evangelism e everyplace*), experiência, troca, evangelismo e em todo lugar, possui forte carga voltada à “noção de valor para o cliente, mais importante que o próprio preço”⁸²⁹.

Desta maneira, embora a publicidade direcionada efetivamente reduza os custos de transação e facilite o envio de informação aos consumidores, isto não pode ser aproveitado para publicidades baseadas em traços de personalidade ou ainda que se aproveitam de heurísticas e vieses.

Em resumo, o “conflito” entre a livre iniciativa e a livre concorrência frente à livre tomada de decisão é apenas aparente, não alcançando o âmago de qualquer dos direitos. Ao lado disto, a discussão sobre restrições à publicidade com base na liberdade de expressão nos parece uma questão impertinente à luz da Constituição brasileira, que possui um rol de direitos fundamentais muito mais vasto que a Constituição norte-americana.

Contudo, isto não significa que as tecnologias persuasivas devam ser totalmente interdidas, sendo possível sua conciliação com o direito à livre tomada de decisão em algumas hipóteses, como passaremos a analisar nos tópicos abaixo.

⁸²⁶ Sobre escuta passiva e ativa, veja-se: OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 119.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁸²⁸ BAR-GILL, *Consumer Transactions*, p. 468–471.

⁸²⁹ OLIVEIRA, **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**, p. 43.

4.4.1. Lei de Liberdade Econômica e necessidade de Análise de Impacto Regulatório

Uma vez analisada a necessidade do reconhecimento do direito fundamental à livre tomada de decisão e a necessidade de regulação dos meios de publicidade, inclusive através de medidas que vedem determinadas práticas, cumpre notar que há a necessidade de que isto se dê por meio de um estudo prévio embasado em dados empíricos.

Com efeito, tanto a administração pública direta quanto a indireta e, neste caso, especificamente a SENACON e a ANPD podem fazer frente à utilização de tecnologias persuasivas, cada uma em seu campo de atuação.

Contudo, esta atuação não pode ser embasada apenas em critérios valorativos sem uma análise mais aprofundada do quadro fático e das possibilidades regulatórias efetivamente disponíveis no momento da edição de atos normativos tendentes a restringir a exploração da atividade econômica.

Isto já podia ser deduzido a partir dos arts. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal⁸³⁰, mas ganhou mais densidade normativa a partir do advento da Lei de Liberdade Econômica – LLE (Lei Ordinária de nº: 13.874/19), que positivou alguns truísmos sobre a relação entre Estado e cidadão/sociedade empresária, mas que merecem algumas considerações.

A primeira delas diz respeito ao princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado na atividade dos particulares, como se infere do art. 2º, III, do referido diploma⁸³¹, este dispositivo deve ser lido de duas maneiras.

A primeira delas diz respeito à participação do Estado por meio da chamada intervenção direta, ou seja, atuando no mercado como agente econômico na forma do art. 173 da Constituição da República, que já prevê a subsidiariedade da exploração econômica direta por parte do Estado⁸³².

Ao passo que a segunda diz respeito à elaboração de regulação (em sentido amplo) que possa interferir nas relações econômicas, seja por criação de barreiras de entrada, dificuldades na competição ou mesmo aumento dos custos de transação.

⁸³⁰ Cf. arts. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

⁸³¹ Cf. Art. 2º, III, da Lei de Liberdade Econômica: “Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: (...) III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

⁸³² Cf. Art. 173 da Constituição Federal: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Neste segundo sentido, o art. 4º da LLE trata do que chamou de “abuso de poder regulatório”, o que, em linhas gerais, pode ser compreendido como o embaraço à atividade econômica que não causa benefício ao particular ou à sociedade.

Dentre as hipóteses descritas no art. 4º, algumas delas poderiam ser levantadas em defesa da utilização das tecnologias persuasivas na publicidade, tais como as previstas nos incisos IV, V e VIII:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

(...)

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

(...)

VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

Estas previsões, evidentemente devem ser objeto de atenção, posto que estão em meio a uma intrincada relação principiológica e legítimas preocupações com a livre iniciativa e a livre concorrência.

No que diz respeito à inovação e a adoção de novas tecnologias, evidente que em um mundo no qual o tratamento de dados ganha cada vez mais valor, deve haver parcimônia entre o fino equilíbrio do direito fundamental à proteção de dados e a completa inviabilização das atividades econômicas.

A forma como esses interesses complementares e conflitantes foi alcançada se encontra basicamente nos arts. 7º e 11 da LGPD, que tratam das bases legais de tratamento de dados, além dos direitos do titular, concentrados, mas não exauridos no art. 17 e seguintes do mesmo diploma.

Como já salientado com certa exatidão, nosso posicionamento é o de que as tecnologias persuasivas podem causar algum embaraço ao exercício real do consentimento ou mesmo serem utilizadas com aproveitamento de situações nas quais há sua dispensa, como nos dados tornados manifestamente públicos pelo titular.

Além disto, também já excedendo o limite da repetição, a utilização de heurísticas e vieses não necessita de dados pessoais para ocorrer, visto que se trata de desvios sistemáticos de racionalidade e não de casos que necessitem de perfilização.

Nestas hipóteses, antecipando os desdobramentos deste item, consideramos que se deve proceder à Análise de Impacto Regulatório (AIR) a fim de aferir os benefícios da intervenção estatal. Será neste terreno que deve ser observado ou não o alto risco das tecnologias persuasivas e a formulação de enunciados pela Administração Pública.

No que diz respeito ao aumento dos custos de transação, evidente que a restrição a medidas publicitárias de alguma maneira eleva os gastos necessários para a formulação de contratos. A questão primária será a de que a regulação estatal deve demonstrar que os malefícios de condutas que podem levar à manipulação do indivíduo superam os benefícios oriundos da atividade publicitária no que diz respeito aos custos de transação.

Por fim, vedação à restrição da publicidade de uma atividade econômica, salvo em atendimento a proibição constante em lei federal, por incrível que pareça, torna-se o nó mais simples de ser desatado.

Isto ocorre, no caso sob análise, porque o CDC expressamente veda a publicidade enganosa ou abusiva. Como vimos, há situações nas quais o enquadramento da informação pode levar ao engano, ao passo que o aproveitamento de debilidades de raciocínio ou técnicas voltadas a se aproveitar da personalidade do consumidor para realizar vendas pode ser considerada abusiva em determinados contextos.

Embora as refutações à aplicação dos aludidos incisos do art. 4º da LLE sejam simples no contexto retórico, não devem ser conduzidas por simples argumentação, mas embasadas em estudos empíricos suficientes.

Neste cenário, a AIR prevista no art. 5º da LLE⁸³³ e minudenciadas no Decreto de nº: 10.411/20, implica, basicamente, no dever da administração pública direta ou indireta em analisar os motivos pelos quais decidiu pela intervenção no campo econômico, especialmente em relação aos benefícios aos cidadãos.

Isto é o que pode ser inferido do art. 2º, I, do Decreto 10.411/20 ao dispor que a AIR é um procedimento que contém: i) um problema regulatório; ii) a avaliação prévia de um determinado ato normativo; iii) “informações e dados sobre os seus prováveis efeitos”; e iv) verificação de razoabilidade e apoio da decisão⁸³⁴.

⁸³³ Cf. Art. 5º da LLE: „Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.”

⁸³⁴ Cf. Art. 2º, I, do Decreto 10.411/20: “Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterà informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;”

Este procedimento deve indicar, justificar e comparar precisamente a metodologia utilizada, pois sua escolha, evidentemente, afeta as conclusões obtidas⁸³⁵ e será possível a participação social a respeito da medida a ser adotada⁸³⁶.

O final do procedimento da AIR é exposto na forma de um relatório que, em síntese, apresenta o problema enfrentado, as medidas possíveis e as consequências do ato normativo⁸³⁷.

À luz desta exposição o papel da SENACON e da ANPD, repita-se, dentro de suas respectivas competências, deve ser embasado em uma análise fática detalhada a fim de que não reste dúvida a respeito da necessidade de intervenção do Estado a fim de regular a utilização das tecnologias persuasivas.

Conforme exposto até este momento, somos do entendimento de que tais tecnologias devem ser objeto de regulação, mas que não ter embasamento apenas no plano discursivo, sendo necessária a participação da sociedade civil e de uma pesquisa aprofundada em relação aos elementos fáticos.

Com base na pesquisa realizada, elaboramos as seguintes propostas, que são divididas em: i) tecnologias persuasivas que não dependem de utilização de dados pessoais (heurísticas e

⁸³⁵ Cf. Art. 7º do Decreto 10.411/20: “Art. 7º Na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico, de que trata o art. 5º da Lei nº 13.874, de 2019: I - análise multicritério; II - análise de custo-benefício; III - análise de custo-efetividade; IV - análise de custo; V - análise de risco; ou VI - análise risco-risco. § 1º A escolha da metodologia específica de que trata o caput deverá ser justificada e apresentar o comparativo entre as alternativas sugeridas.”

⁸³⁶ Cf. Art. 8º do Decreto 10.411/20: “Art. 8º O relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.”

⁸³⁷ Cf. Art. 6º do Decreto 10.411/20: “Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha: I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral; II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão; III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado; IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado; V - definição dos objetivos a serem alcançados; VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas; VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise; IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado; X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes. Parágrafo único. O conteúdo do relatório de AIR deverá, sempre que possível, ser detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto, de acordo com o seu grau de complexidade, abrangência e repercussão da matéria em análise.”

vieses); e ii) tecnologias persuasivas que dependem de utilização de dados pessoais (princípios da persuasão e traços de personalidade).

4.4.2. Propostas para a publicidade não baseada em dados pessoais de acordo com a livre tomada de decisão.

Para aclarar o que foi exposto no tópico anterior, passa-se agora a apresentar propostas para a publicidade não baseada em dados pessoais de acordo com a livre tomada de decisão.

Aqui estamos a tratar de publicidades que exploram a rota periférica ou o Sistema 1, de menor esforço cognitivo e que abrangem praticamente todos os indivíduos, embora sempre seja possível que determinadas pessoas tenham maior necessidade de cognição, como foi visto na Parte I desta Tese.

A exploração de heurísticas e vieses deve ser evitada a todo custo, posto que não se coadunam com a autonomia visada na dignidade da pessoa humana, no livre desenvolvimento da personalidade e, por consequência, na livre tomada de decisão, visto que são elementos utilizados para se aproveitar de modo sub-reptício das fragilidades mentais de todos os seres humanos.

Dentro deste cenário, devem ser excluídas das publicidades expressões como *grátis* ou *quantidade limitada*, as quais alteram a ordem de preferências por dar falsa noção da realidade (grátis), aproximando-se da publicidade enganosa, ou apelam ao princípio da escassez (quantidade limitada).

Este caminho foi seguido por Portugal ao vedar expressões como “*oportunidades*”, *‘mega preço*’ ou *‘outlet*’ para designar saldos ou promoções”, inclusive no comércio eletrônico⁸³⁸.

Tal tipo de restrição de mensagens com alto poder de persuasão foi objeto da “Lei do Superendividamento” (Lei de nº: 14/181/21), especificamente no art. 54 – C, I, que vedaria a utilização de expressões extremamente persuasivas. Contudo, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República na Mensagem 314/21 pelos seguintes motivos:

Inciso I do caput e parágrafo único do art. 54-C, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, alterado pelo art. 1º do Projeto de Lei

“I - fazer referência a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, ‘sem acréscimo’ ou com ‘taxa zero’ ou a expressão de sentido ou entendimento semelhante;”

⁸³⁸ SCHWALBACH, **Direito Digital**, p. 141.

“Parágrafo único. O disposto no inciso I do caput deste artigo não se aplica à oferta de produto ou serviço para pagamento por meio de cartão de crédito.”

Razões do veto

“A propositura legislativa estabelece que seria vedado expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não, fazer referência a crédito ‘sem juros’, ‘gratuito’, ‘sem acréscimo’ ou com ‘taxa zero’ ou expressão de sentido ou entendimento semelhante.

Entretanto, apesar da boa intenção do legislador, a propositura contrariaria o interesse público ao tentar solucionar problema de publicidade enganosa ou abusiva com restrição à oferta, proibindo operações que ocorrem no mercado usualmente e sem prejuízo ao consumidor, em que o fornecedor oferece crédito a consumidores, incorporando os juros em sua margem sem necessariamente os estar cobrando implicitamente, sem considerar que existem empresas capazes de ofertar de fato ‘sem juros’, para o que restringiria as formas de obtenção de produtos e serviços ao consumidor.

O mercado pode e deve oferecer crédito nas modalidades, nos prazos e com os custos que entender adequados, com adaptação natural aos diversos tipos de tomadores, o que constitui em relevante incentivo à aquisição de bens duráveis, e a Lei não deve operar para vedar a oferta do crédito em condições específicas, desde que haja regularidade em sua concessão, pois o dispositivo não afastaria a oferta das modalidades de crédito referidas, entretanto, limitaria as condições concorrenciais nos mercados.

Por fim, impõe-se veto por arrastamento ao parágrafo único deste artigo.” (asas no original)

Pela ótica desenvolvida ao longo desta Tese, a utilização de determinadas expressões pode debilitar a ativação da utilização da rota central/ Sistema 2, sendo este efetivamente o problema a ser experimentado pelo consumidor.

Justamente por conta disto, também é possível antever prejuízos às sociedades empresárias que buscam publicidade sem a intenção de apelar a rotas periféricas dos consumidores. Como ressaltado por BAR-GILL, infelizmente, falhas de mercado comportamentais não encontram na concorrência uma solução eficaz⁸³⁹.

Assim, sob nossa ótica, o veto foi equivocado e justamente causa danos à própria disputa entre as sociedades empresárias, estabelecendo um parâmetro de mercado no qual o fornecedor que não explora a rota periférica do consumidor termina por se ver prejudicado.

Isto não significa que determinadas promoções de datas específicas (Dia das Mães, por exemplo), sejam vedadas, mas não é possível depositar um relógio com cronometro indicando aos consumidores que devem comprar compulsivamente sob pena de perder a oportunidade por conta do aproveitamento da ideia de escassez.

⁸³⁹ BAR-GILL, Consumer Transactions.

Do mesmo modo, a insistência na publicidade pode se aproveitar da força de vontade limitada dos indivíduos⁸⁴⁰, os quais não possuem uma força sobre-humana para resistir a uma tentação que lhes é diuturnamente apresentada.

Por um caminho diverso, BENJAMIN entende que a prática de publicidades não solicitadas por meio da Internet de modo generalizado (*spam*) se enquadra dentro do conceito de publicidade abusiva, inclusive afetando a liberdade de escolha do consumidor⁸⁴¹.

Além disto, BASAN ressalta que o efeito do constante “assédio” publicitário dá azo ao “marketing de intromissão”, em oposição ao “marketing de permissão”, no qual o consumidor anui a receber uma dada publicidade⁸⁴².

Note-se, porém, que o e-mail de marketing pode ser customizado até o momento em que o consumidor abra seu conteúdo, noutras palavras, o fornecedor pode continuar buscando a melhor estratégia persuasiva a partir dos e-mails que envia sem qualquer conhecimento por parte do consumidor e o conteúdo da mensagem somente se tornará fixo após a abertura do e-mail⁸⁴³.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de um mesmo problema, qual seja, o de que a persistência dos fornecedores, que penetram no campo decisório do consumidor por meio de tecnologias persuasivas, chegue ao ponto de frustrar decisões referentes ao próprio autocontrole dos indivíduos, também chamado de esgotamento do ego (*ego depletion*)⁸⁴⁴.

Deve-se pontuar, por fim, que as restrições aqui apresentadas não influenciam sua utilização em benefício do usuário. Assim, uma aplicação voltada a redução de peso ou de dieta pode muito bem se aproveitar de heurísticas e vieses (devidamente informados) para motivar o usuário na prática de exercícios físicos ou melhora na alimentação.

Portanto, pretende-se aqui vedar de modo absoluto e apenas no contexto publicitário: i) expressões de alto poder persuasivo; ii) aproveitamento de vieses e heurísticas no contexto publicitário e de contratação; e iii) insistência de envio de mensagens persuasivas

4.4.3. Propostas para a publicidade baseada em dados pessoais de acordo com a livre tomada de decisão.

⁸⁴⁰ EZRACHI; STUCKE, **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**, p. 105–113; HOCH, Stephen; LOEWENSTEIN, George F, Time-inconsistent Preferences and Consumer Self-Control, **Journal of Consumer Research**, v. 17, p. 492–507, 1991.

⁸⁴¹ GRINOVER *et al*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 360.

⁸⁴² BASAN, **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**, p. 164.

⁸⁴³ KAPTEIN, **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**, p. 59.

⁸⁴⁴ HORWOOD *et al*, **Personality Psychology**, p. 81.

No que diz respeito às publicidades baseadas em dados pessoais, há limitações e deveres que, sob nossa compreensão, devem ser seguidos pelos anunciantes, os quais compreendem deveres informacionais e de abstenção.

O primeiro ponto a ser reconhecido é o dever do anunciante de informar ao destinatário da tentativa de persuasão que a publicidade decorre de seus dados pessoais.

Via de regra, estabelece a legislação o dever de comunicação por parte do fornecedor de que se trata de mensagem publicitária⁸⁴⁵, no mesmo sentido anda a recomendação da OCDE, especialmente em virtude de possíveis explorações de vulnerabilidades do consumidor, tais como vieses e heurísticas⁸⁴⁶, os quais consideramos que devem ser vedados na publicidade.

Sob nossa perspectiva, não basta, no mundo digital, saber que se está frente a uma estratégia de persuasão, mostra-se imperativo saber que tal estratégia de persuasão foi enviada com base nos dados pessoais do titular.

Como pontuam KAPTEIN e ECKLES, a transparência (*disclosure*) a respeito da tentativa de persuasão pode levar o indivíduo a aumentar sua elaboração e resistência⁸⁴⁷, o que pode levar agentes de tratamento a não revelar a técnica utilizada de modo claro e direto, consistindo em violação não só à transparência prevista na LGPD, mas também ao CDC.

No mesmo sentido, FELTZ e COKELY sustentam que a forma ética de lidar com problemas relacionados com o paternalismo-libertário e demais instrumentos persuasivos se dá com a transparência da informação, ainda que limitada em dados contextos. Isto ocorre inclusive porque há possibilidade da chamada transferência, que permitiria aos indivíduos adquirir conhecimentos que podem ser utilizados em diversos cenários de tomada de decisão⁸⁴⁸.

Além do dever de esclarecer sobre a ocorrência de publicidade baseada em dados pessoais, os fornecedores/controladores devem esclarecer o funcionamento da tecnologia persuasiva utilizada.

Isto, aliás, é um desejo dos consumidores conforme a pesquisa de DEHLING, ZHANG e SUNYAEV, inclusive para solicitar que não lhe sejam mais apresentadas determinadas mensagens publicitárias, por exemplo⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ Cf. Art. 36 do CDC: “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

⁸⁴⁶ OECD, Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers.

⁸⁴⁷ KAPTEIN; ECKLES, Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling, p. 89.

⁸⁴⁸ FELTZ, Adam; COKELY, Edward T., Informing Ethical Decision Making, *in*: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.), **The Routledge Handbook of Neuroethics**, Nova York: Routledge, 2018.

⁸⁴⁹ DEHLING, Tobias; ZHANG, Yuchen; SUNYAEV, Ali, Consumer Perceptions of Online Behavioral Advertising, *in*: **2019 IEEE 21 st Conference on Business Informatics**, [s.l.]: IEEE Computer Society, 2019.

Isto, contudo, esbarra em um problema que é comum tanto nas relações de consumo quanto no consentimento ao tratamento de dados pessoais, especificamente, o fato de que divulgações obrigatórias de informação sofrem pela ausência de leitura ou extrema complexidade⁸⁵⁰.

Deve-se levar em consideração que é possível estabelecer deveres informais de maneira mais adequada do que letras minúsculas no anúncio ou mesmo a leitura de frases em velocidade que desafia a capacidade humana de compreensão.

Há a possibilidade de se recorrer a uma exposição mais prolongada da informação de que a oferta é baseada nos dados pessoais do titular ou ainda que um tamanho mínimo de forma seja utilizado, como há disposição, por exemplo, na Resolução nº 03/08 do CONAR a respeito do tamanho das fontes e de exemplos de frases que devem constar na informação transmitida ao consumidor.

A aludida Resolução 03/08 trata de anúncios referentes a “Íces e Bebidas Assemelhadas”, que apresenta exemplos de informações e discrimina o tempo mínimo de exposição da mensagem:

1.1. No meio Rádio, será veiculada durante fração de tempo suficiente para sua locução pausada e compreensível.

1.2. Nos meios TV, inclusive por assinatura e Cinema, quaisquer que sejam os suportes utilizados para o comercial, será veiculada em áudio e vídeo durante fração de tempo correspondente a, pelo menos, um décimo da duração da mensagem publicitária.

Utilizar-se-á o seguinte formato: cartela única, com fundo azul e letras brancas de forma a permitir perfeita legibilidade e visibilidade, permanecendo imóvel no vídeo ou na tela. A cartela obedecerá ao gabarito RTV de filmagem, no tamanho padrão de 36,5 cm x 27 cm (trinta e seis e meio centímetros por vinte e sete centímetros); as letras serão da família tipográfica Univers, variação Médium, corpo 48, caixa alta. A locução constará apenas da leitura da frase escolhida

Embora não nos pareça que tais mensagens sejam cumpridas com efetividade, pense-se em uma publicidade de 10 segundos na televisão, a mensagem deveria ser lida em 1 segundo, desafiando o mais rápido dos locutores. De todo modo, a Resolução 03/08 do CONAR dá boas indicações de meios de comunicação ao consumidor que podem ser aprimoradas.

Realmente, somos daqueles que têm a impressão de que meios mais modernos, como a aplicação de ferramentas visuais e audiovisuais podem dar maior qualidade à transmissão das informações aos consumidores, simplificando o processamento da mensagem.

⁸⁵⁰ KOGA, **Precificação Personalizada**, p. 223–231; BEN-SHAHAR; SCHNEIDER, The Failure of Mandated Disclosure.

Em todo caso, a questão da advertência permanece como um verdadeiro tormento para a transmissão de informações relevantes aos consumidores.

Além disto, a opacidade e o segredo comercial e industrial serão problemas que terão de ser enfrentados.

No que toca à opacidade, ou seja, a dificuldade de compreensão de como o tratamento de dados efetivamente ocorre, cumpre notar que ele é agravado pelo que FRAZÃO e GOETTENAUER destacam como imprevisibilidade, incontrollabilidade e distributividade. Ou seja, não é possível antever com precisão as consequências, controlar os procedimentos e tampouco é identificável uma fonte única das novas tecnologias⁸⁵¹, assim como os próprios vieses dos algoritmos acabam sendo encobertos⁸⁵².

Como ressalta DONEDA: “A tecnologia apresenta um caráter de imprevisibilidade que lhe é intrínseco; sua ação costuma se dar em um universo amplo e complexo a ponto de tornar análises de impacto, projeções e testes, em alguns casos, meras aproximações”⁸⁵³.

Pior que isso, ao ocorrer a anonimização dos dados ou a recusa de explicações escudada no segredo industrial ou comercial, a opacidade pode chegar a níveis extremos⁸⁵⁴. No final das contas, ao invés de uma caixa preta imperscrutável, o próprio titular dos dados se encontra plenamente inserido em um quarto escuro.

Contudo, tal cenário não pode ser admitido quando frente ao direito fundamental da livre tomada de decisão, sendo necessária a máxima transparência nas decisões automatizadas que possam influir nos processos cognitivos do titular dos dados.

Noutras palavras, deve-se informar precisamente quais os critérios utilizados para que o titular dos dados receba dada publicidade. Assim, as publicidades baseadas em traços de personalidade e princípios da persuasão devem ser esclarecidas, bem como aquelas que venham a utilizar discriminações de localidade, renda, idade ou qualquer outra espécie de elemento de segmentação de público-alvo.

Por fim, deve-se facultar ao consumidor não ser submetido à publicidade baseada em dados pessoais, tal como ocorre na rede social Twitter⁸⁵⁵ ou no buscador Google⁸⁵⁶, nos quais

⁸⁵¹ FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos, Black box e o direito face à opacidade algorítmica, *in*: BARBOSA, Mafalda Miranda *et al* (Orgs.), **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre brasil e europa**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 33–35.

⁸⁵² O'NEIL, **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**.

⁸⁵³ DONEDA, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, p. 51.

⁸⁵⁴ FRAZÃO; GOETTENAUER, Black box e o direito face à opacidade algorítmica, p. 37.

⁸⁵⁵ TWITTER, **Suas opções de privacidade para anúncios personalizados | Ajuda do Twitter**, disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/safety-and-security/privacy-controls-for-tailored-ads>>. acesso em: 3 jul. 2022.

⁸⁵⁶ GOOGLE, **Controlar os anúncios que você vê - Android - Ajuda do Anúncios**, disponível em: <<https://support.google.com/ads/answer/2662856?hl=pt-BR&co=GENIE.Platform%3DAndroid>>. acesso em: 3 jul. 2022.

o indivíduo pode receber publicidades voltadas ao seu perfil ou publicidades enviadas de modo indiscriminado aos usuários da plataforma (embora isto dependa de configurações não facilmente acessíveis ao usuário comum).

Cumpridos estes deveres, cremos que seja possível amainar a influência das tecnologias persuasivas no contexto publicitário e permitir ao titular dos dados maior conhecimento a respeito de como é visto pelos próprios anunciantes, evitando-se então a manipulação por maior ativação da rota central/ Sistema 2⁸⁵⁷.

No caso destes deveres, sua restrição também deve ser imposta a aplicações bem-intencionadas, pois a utilização dos dados pessoais deverá ser objeto de preocupação do titular dos dados pessoais, especialmente em casos de uso compartilhado.

Estas restrições são mais brandas do que as apresentadas no tópico anterior por três motivos muito simples: i) as tecnologias persuasivas baseadas em dados pessoais ainda não formam um corpo de estudos tão coeso quanto os desvios sistemáticos de racionalidade derivados das teorias dos sistemas duais; ii) as restrições impostas neste item certamente farão com que os indivíduos tomem consciência de elementos muito sérios a respeito da proteção de seus dados; e iii) o anunciante certamente ficará receoso de prejudicar sua imagem perante o consumidor com os deveres de esclarecimento.

Portanto, entende-se aqui a presença dos seguintes deveres por parte dos anunciantes/controladores em todos os âmbitos de utilização de tecnologias persuasivas: i) comunicação ao destinatário da mensagem a respeito da tentativa de persuasão personalizada na publicidade; ii) esclarecimento sobre as tentativas de persuasão baseadas em perfis comportamentais e seu funcionamento; e iii) facultar ao consumidor não ser submetido a tentativas de persuasão baseadas em perfis comportamentais/psicográficos.

4.5. Necessidade de proibição das tecnologias persuasivas na propaganda eleitoral

Tudo quanto foi pontuado a respeito da publicidade pode ser aproveitado no contexto da propaganda eleitoral, desde que feitas as devidas adaptações.

Como extensamente analisado na Parte II desta Tese, o contexto das disputas eleitorais é muito mais sanguíneo que o da aquisição de produtos e serviços no mercado. As emoções são afloradas, a razão (limitada) é vilipendiada e os grupos possuem um incrível poder de mobilização social.

⁸⁵⁷ KAPTEIN, *Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick*, p. 223.

Estas peculiaridades devem afetar a resposta jurídica a ser dada aos problemas oriundos das tecnologias persuasivas, sob pena de que um vestido costurado especificamente para a publicidade não sirva adequadamente na propaganda eleitoral.

Dentre as especificidades, importa notar que: i) os elementos emocionais são mais relevantes; ii) a pertencimento grupal orgânico ou por meio de *bots* é importante; iii) os indivíduos fazem esforços cognitivos para acomodar suas crenças contraditórias; iv) os usuários podem conscientemente divulgar desinformação (conteúdo falso intencionalmente elaborado) ou *Fake News* (conteúdo falso com aparência de notícia); e v) houve resultados positivos através do emprego de tecnologias persuasivas tanto na campanha de Barack Obama quanto Donald Trump.

Neste cenário, evidencia-se que medidas como o controle de disparos de massa e mensagens com conteúdo inverídico auxiliam na “redução de danos”, mas não atingem o âmago dos problemas enfrentados, especialmente em sociedades cindidas como a brasileira.

Aliás, como se nota dos itens i) a iv) acima mencionados, nem mesmo a vedação às tecnologias persuasivas poderá dar cabo do cenário de divisão vivenciado no país nos últimos anos.

Façamos aqui alguns excursos sobre o contexto atual, notadamente sobre: i) a base teórica da liberdade de expressão e do livre mercado de ideias; ii) a erosão do diálogo no Brasil; e iii) as falhas nas teorias sobre a liberdade de expressão e do livre mercado de ideias.

4.5.1. Segundo Excurso: Conteúdo *prima facie* da liberdade de expressão, discurso e livre mercado de ideias

Antes de se adentrar na prática da liberdade de expressão no Brasil, oportuno observar no que consistiria a dimensão *prima facie* do princípio da liberdade de expressão e os meios de seu cerceamento.

O conteúdo *prima facie* ou dever ser ideal⁸⁵⁸ de um dado princípio é a noção a respeito de um princípio antes de seu confronto com outros princípios aplicáveis ao caso concreto, os quais, ao final, poderão restringir seu âmbito de incidência ou condicionar sua aplicação.

Observando o texto constitucional, nota-se que a liberdade de expressão (manifestação do pensamento)⁸⁵⁹ é uma espécie do direito geral de liberdade⁸⁶⁰ e, ao mesmo tempo, atua como

⁸⁵⁸ ALEXY, Robert, **Teoria Discursiva do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 182.

⁸⁵⁹ Cf. art. 5º, IV, da CF.

⁸⁶⁰ Cf. art. 5º, caput, da CF. Na doutrina: ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 341 e seguintes.

gênero de diversas outras subespécies de direitos fundamentais, como a liberdade para o exercício de cultos⁸⁶¹, liberdade da expressão artística, científica e comunicacional⁸⁶².

O conteúdo deste princípio gera ao indivíduo o direito subjetivo a manifestar, caso queira, seu pensamento sobre qualquer assunto por ele desejado e o dever de não obstar o exercício desta manifestação de pensamento por parte do Estado ou de particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁸⁶³)⁸⁶⁴.

Além deste dever de abstenção, o cidadão possui o direito de exigir que o Estado cumpra ou faça cumprir esta abstenção, fornecendo ao indivíduo sua tutela em caso de desrespeito à liberdade de expressão.

Note-se que a liberdade de expressão não implica em um dever geral de que as demais pessoas gostem ou aproveem a opinião manifestada, pelo contrário, o falante possui o dever de arcar com as consequências, dentro do campo democrático, de suas opiniões, inclusive com os riscos de perda de amizades ou comprometimento de relações familiares. Assim, a liberdade de expressão permite que os discordantes apresentem razões contrárias às do falante, tudo isso englobado dentro do feixe de deveres de tolerância das liberdades de expressão.

Evidentemente, tal princípio sofre restrições quando diante de regras que realizam juízo de proporcionalidade positivados frente a outros princípios, tais como nas limitações previstas em campanhas eleitorais referentes a limitações temporais⁸⁶⁵, limitações de propaganda paga em rádio e televisão⁸⁶⁶ ou ainda restrições à divulgação de atos que promovam a imagem de determinado funcionário público⁸⁶⁷ etc.

Além disto, ainda que totalmente adequado às balizas da legislação, uma dada manifestação de pensamento pode vir a sofrer represálias dos membros da sociedade na figura do *cancelamento*, como veio a ocorrer com a historiadora Lilia Schwartz, que posteriormente veio a se retratar⁸⁶⁸ ou ainda pode ser exigida em moldes específicos, como na polêmica

⁸⁶¹ Cf. art. 5º, VI, da CF.

⁸⁶² Cf. art. 5º, IX, da CF.

⁸⁶³ Para uma introdução ao tema e às principais correntes, veja-se: CUNHA JUNIOR, Dirley, **Curso de Direito Constitucional**, 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 573–5; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de, **Manual de Direitos Humanos**, 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 123–127; ALEXY, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 523 e seguintes.

⁸⁶⁴ Para uma análise do conteúdo da liberdade de expressão, veja-se: SARMENTO, Daniel, Art. 5º, IV, *in*: MENDES, Gilmar Ferreira *et al* (Orgs.), 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 264–266.

⁸⁶⁵ Cf. art. 36, caput, da Lei das Eleições.

⁸⁶⁶ Cf. art. 36, §2º, da Lei das Eleições.

⁸⁶⁷ Cf. art. 37, §1º, da CF.

⁸⁶⁸ GGN, Jornal, **A crítica e o lugar de fala, por Juliana Rosas**, GGN, disponível em: <<https://jornalgnn.com.br/cidadania/a-critica-e-o-lugar-de-fala-por-juliana-rosas/>>. acesso em: 4 jan. 2021.

envolvendo a posição política da cantora Anitta, o presidente Bolsonaro e parte considerável de seus seguidores de orientação homoafetiva⁸⁶⁹.

Noutras palavras, as instituições⁸⁷⁰ formais, aqui compreendidas como o ordenamento jurídico e as funções do Estado desempenham limitações jurídicas ao exercício da liberdade de expressão, mas não cuidam isoladamente desta tutela da manifestação do pensamento, pois as instituições informais, especialmente no ambiente eletrônico, alcançam considerável poder de influência sobre o que se pode falar ou sobre o que se deve calar.

No que tange à liberdade de expressão, não raras vezes se faz referência ao livre mercado de ideias, cujo ponto central é o de que, assegurada a possibilidade dos falantes de se manifestar, o bom senso e a razão prevalecem ao final da disputa, mesmo que a sangrentos custos⁸⁷¹.

Isto pode ser verificado na versão de MILL em sua defesa da liberdade de expressão, notadamente com base no argumento de que a livre circulação do pensamento permite que o debate seja enriquecido e decisões mais ponderadas sejam alcançadas, visto que o indivíduo se aprimora ao ouvir as considerações de seus semelhantes⁸⁷².

Por caminho diverso, HABERMAS busca demonstrar que o agir estratégico não se presta a solucionar os debates morais ou políticos, sendo necessária a inserção do agir comunicativo como instrumento de reconhecimento intersubjetivo e de convencimento por meio de proposições criticáveis⁸⁷³. Noutras palavras, o agir comunicativo se dá pelo convencimento e não pela força.

Ainda é oportuno assinalar que o discurso prático, na formulação dada por HABERMAS, é meramente procedimental, ou seja, não insere em seu bojo considerações específicas a respeito do bom e do justo⁸⁷⁴.

Este ponto também encontra ressonância na teoria jurídica, especialmente na definição de discurso prático geral fornecida por ALEXY em sua Teoria da Argumentação Jurídica, na

⁸⁶⁹ CATRACA LIVRE, **Anitta é ameaçada de boicote por causa de Jair Bolsonaro**, Catraca Livre, disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/anitta-e-ameacada-de-boicote-por-causa-de-jair-bolsonaro/>>. acesso em: 4 jan. 2021.

⁸⁷⁰ NORTH, Douglass C., *Institutions*, **The Journal of Economic Perspective**, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

⁸⁷¹ MILL pontua que, embora a afirmação de que a verdade sempre prevalece seja falsa, a verdade possui a vantagem de reaparecer de tempos em tempos, ainda que seja diversas vezes impedida de florescer. MILL, John Stuart, **On Liberty**, New Haven: Yale University Press, 2003, p. 97.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 90.

⁸⁷³ HABERMAS, **Moral Consciousness and Communicative Action**, p. 58; HABERMAS, **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung**, p. 38.

⁸⁷⁴ HABERMAS, **Moral Consciousness and Communicative Action**, p. 122.

qual propõe regras discursivas que delimitam a forma ideal de discussão⁸⁷⁵ para a solução de problemas práticos⁸⁷⁶.

Todas estas formulações têm em comum o ponto de que, atendidos certos elementos procedimentais, ainda que as condições ideais de argumentação sejam inalcançáveis⁸⁷⁷, é possível obter resultados racionais (o que difere da correção das conclusões alcançadas)⁸⁷⁸.

Neste sentido, a faculdade de participar do debate se mostra fundamental, de tal sorte que o participante possa apresentar suas razões e refutar argumentos enquanto persistir insatisfação com as respostas recebidas. Neste ponto, as regras de base e as regras da razão apontadas por ALEXY ganham especial relevância, pois voltadas a assegurar a coerência dos falantes, os deveres de fundamentação e o livre ingresso no debate⁸⁷⁹.

Note-se, porém, que há uma diferença entre MILL e as posturas de HABERMAS e ALEXY, pois os últimos estipulam regras que excluem do discurso a manifestação meramente utilitarista, ou seja, o falante deve se esforçar para que seu discurso seja universal, no sentido de que manteria sua posição ainda que se encontrasse em uma situação diversa⁸⁸⁰. Contudo, as linhas gerais permanecem, o debate é enriquecedor.

Passando à análise de como o livre mercado das ideias é visto pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se que houve sua defesa expressa em votos colegiados em ao menos sete oportunidades⁸⁸¹, sendo mencionado nas ADIs 4.617/DF, 5.423/DF, 5.487/DF, 5.488/DF, 5.491/DF e 5.577/DF, além da ADPF 187/DF.

Observa-se, contudo, que o tema foi tratado indiretamente na ADPF 130/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – Rel. Min. Carlos Britto e julgada em 30.04.09. A referida ADPF 130 tratou da recepção ou não da chamada Lei de Imprensa, sendo notável no voto do relator a correlação entre maior liberdade de imprensa e democracia. Noutras palavras, assumiu-se que a pluralidade de vozes melhora a qualidade do debate público.

Na ADPF 180/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, Rel. Min. Celso de Mello e julgada em 15.06.11, discutiu-se a legalidade de manifestações visando a legalização do uso de maconha (Marcha da Maconha). Naquela oportunidade, o voto do Ministro Luiz Fux

⁸⁷⁵ ALEXY, Robert, **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, 9. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2019, p. 273 e seguintes.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 53–54.

⁸⁷⁷ HABERMAS, **Moral Consciousness and Communicative Action**, p. 88; ALEXY, **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, p. 241.

⁸⁷⁸ ALEXY, **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, p. 223–4.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 231–242.

⁸⁸⁰ HABERMAS, **Moral Consciousness and Communicative Action**, p. 120; ALEXY, **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**, p. 251.

⁸⁸¹ Pesquisa realizada em 29.10.21 às 08:01, horário de Brasília.

afirmou que “não caberia ao Estado, mas à livre circulação (*free trade*) ou ao livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*) estabelecer qual ideia deveria prevalecer”, pontuando ainda que “não pode haver dúvida de que a liberdade de expressão é crucial para a participação do cidadão no processo democrático”.

Na ADI 5.423/DF, proposta pelo Partido Trabalhista Nacional, Rel. Min. Dias Toffoli e julgada em 25.08.16, discutiu-se a exigência de quantidade superior a nove deputados para que se garanta a participação de candidato em debates no rádio e na televisão prevista no art. 46 da Lei de nº: 9.504/97 (Lei das Eleições). O dispositivo citado foi considerado constitucional, embora o voto vencido do Ministro Celso de Mello tenha apresentado a seguinte defesa do livre mercado de ideias:

A noção de que as sociedades plurais constituem expressões visíveis de regimes políticos impregnados de perfil democrático torna inevitável a sua íntima vinculação à liberdade de manifestação do pensamento, cujo exercício permite a qualquer pessoa, notadamente ao cidadão militante que busca acesso ao poder estatal mediante processo competitivo de caráter eleitoral, o direito de expender opiniões e de torná-las conhecidas, ainda que estas, expostas ao livre mercado de ideias, possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social.

Isso significa que o Estado, que não dispõe de poder sobre a consciência de seus cidadãos, ainda mais daqueles que disputam mandatos populares em processos eleitorais, não pode restringir-lhes o direito fundamental de expressão de seu pensamento, pois todos têm de ser livres para manifestar ideias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Por fim, cumpre notar que as ADIs 5.487/DF, 5.488/DF, 5.491/DF e 5.577/DF tratam também da Lei das Eleições e não acrescentam muito ao debate já pontuado nos itens acima.

Contudo, ainda que se possa considerar extremamente atraente a possibilidade do discurso ou a liberdade de expressão como algo que deve permanecer intocado perante as disputas sociais, evidencia-se um certo desconforto contemporâneo em relação aos efeitos da liberdade de expressão na sociedade contemporânea.

Isto se nota, sem a pretensão de um rol exaustivo, nas polêmicas referentes aos discursos de ódio, àquelas que atentam contra o Estado Democrático de Direito, às *Fake News*, à desinformação intencional, às medidas de profilaxia contra contaminação pelo coronavírus e à liberdade do exercício da profissão de jornalista⁸⁸².

Dentro deste cenário, se o bom senso ou a razão prevalecem na esfera pública, há de se questionar os motivos pelos quais há este incômodo com a exteriorização de pensamentos e por

⁸⁸² ARTICLE 19, **The Global Expression Report 2021: The state of freedom of expression around the world**, [s.l.]: ARTICLE 19, 2021.

quais motivos o discurso que supostamente seria o mais racional não alcança vitória no debate público.

4.5.2. Terceiro Excurso: Erosão das bases de diálogo no Brasil

Neste tópico, faremos aqui uma breve recapitulação do cenário atual do diálogo dentro do contexto brasileiro, especialmente no que diz respeito à manifestação de pensamento político/ideológico entre partidários dos dois primeiros candidatos nas eleições de 2014 e 2018.

A escolha do marco temporal se dá por algumas premissas assumidas, especialmente: (i) eleições para a Presidência da República possuem maior grau de polarização que eleições municipais; (ii) dentro da disputa eleitoral, os antagonismos entre os dois primeiros candidatos costumam ser mais polarizados; e (iii) as eleições municipais de 2020 foram marcadas por fenômenos extraordinários, especialmente a pandemia causada pelo coronavírus, dificultando uma análise linear entre 2016 e 2020, ainda que se tomasse para a análise apenas um dado município.

Tais premissas, evidentemente, são discutíveis, mas escaparia do propósito do presente trabalho e da capacidade do autor uma análise mais aprofundada entre as diferentes eleições e a liberdade de expressão, de maneira que a limitação do escopo da investigação possibilita ao menos uma análise mais vertical.

Pois bem, as eleições de 2014 foram marcadas, como nos anos anteriores, por uma disputa entre candidatos do PT (Partido dos Trabalhadores) e PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), sendo curioso notar que, embora ambos os partidos tenham gênese no que se convencionou chamar de esquerda, o PSDB tenha recebido, por longo período de tempo, apoio de liberais, conservadores e reacionários do campo da direita.

Assim, a disputa entre esquerda e direita no Brasil foi materializada nas pessoas de Dilma Rousseff (PT e candidata à reeleição) e Aécio Neves (PSDB), sendo que ambos os postulantes ao cargo se utilizaram de discursos com potencial ofensivo⁸⁸³. A princípio, extremamente difícil demarcar a linha que separa o discurso ideológico do discurso de ódio ou do discurso ofensivo, pois o embate político integra também divergências de pensamento que muitas vezes são reduzidas ao maniqueísmo de “nós contra eles” ou ainda teorias conspiratórias a respeito de “elites” ou “Foro de São Paulo”.

⁸⁸³ WAINBERG, Jacques Alkalai; MÜLLER, Angelo Arlindo Carnieletto, ELEIÇÕES 2.0: ÓDIO NAS REDES DURANTE A CAMPANHA PRESIDENCIAL DE 2014, *Conexão – Comunicação e Cultura*, v. 16, n. 31, p. 43–71, 2017.

Fato é que, a despeito deste clima beligerante no plano discursivo, não houve grandes episódios de violência por conta de manifestações preferências político-partidárias, embora as eleições não tenham se passado em clima pacífico e harmônico⁸⁸⁴.

Dentro deste cenário, Dilma Rousseff sagrou-se vencedora das eleições e teve de suportar pesados ataques em virtude dos resultados da política econômica adotada no primeiro mandato, acusações de corrupção contra figuras centrais do PT e uma parte do eleitorado que restou extremamente insatisfeita com sua eleição.

Assim, iniciaram-se manifestações contra e a favor ao impeachment da Presidente, o que somente foi possível a partir de ampla coordenação das redes sociais⁸⁸⁵. Desta vez, os confrontos cresceram de escala, não sendo raras as vezes em que os manifestantes passaram a transformar suas divergências políticas em agressões físicas ou a entrar em confronto com a Polícia Militar, que, em tese, deveria apenas resguardar a integridade física dos manifestantes⁸⁸⁶.

Após o impeachment, houve manifestações por parte da esquerda contra o que se chamou de “golpe”, mas o clima parecia ter se arrefecido em comparação ao período anterior ao impeachment, muito disto por conta do caráter fleumático do governo Michel Temer, que possuía preocupações próprias com denúncias de corrupção⁸⁸⁷.

Assim, as maiores questões ligadas à manifestação do pensamento político se centraram em episódios-chave como a prisão do presidente Lula e seu embate com o então juiz Sérgio Moro. Noutras palavras, mais uma vez, a disputa esquerda e direita era reduzida a dois indivíduos específicos. Daí surgiram então manifestações a favor e contra a operação Lava Jato que novamente acirraram o campo das divergências ideológicas, causando, mais uma vez,

⁸⁸⁴ G1 SÃO PAULO, **Militantes do PT e do PSDB entram em confronto no Centro de SP**, Eleições 2014 em São Paulo, disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/eleicoes/2014/noticia/2014/10/militantes-do-pt-e-do-psdb-entram-em-confronto-no-centro-de-sp.html>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁸⁵ G1; PAULO, em São, **Manifestantes fazem maior protesto nacional contra o governo Dilma**, Política, disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/manifestacoes-contr-a-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁸⁶ HAIDAR, Daniel, **Protesto contra o impeachment termina em confronto em São Paulo**, epoca.globo.com, disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/08/protesto-contr-a-impeachment-termina-em-confronto-em-sao-paulo.html>>. acesso em: 5 jan. 2021; FOLHA DE SÃO PAULO, **Após impeachment, São Paulo tem noite de confrontos em protesto | Folha de S.Paulo**, disponível em: <<https://aovivo.folha.uol.com.br/2016/05/25/5015-m.shtml>>. acesso em: 5 jan. 2021; BOLDRINI, Ângela; BERGAMIN JR, Giba, **Manifestantes pró-Dilma e PM entram em confronto em São Paulo - 30/08/2016 - Poder**, Folha de S.Paulo, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1808669-manifestantes-pro-dilma-entram-em-confronto-com-a-pm-em-sao-paulo.shtml>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁸⁷ SHALDERS, André, Denunciado cinco vezes e alvo de dez inquéritos, Michel Temer vê Justiça acelerar ações, **BBC News Brasil**.

episódios de violência entre manifestantes com visões opostas ou ainda entre manifestantes e a Polícia Militar⁸⁸⁸.

Foi neste terreno que as eleições de 2018 vieram a liberar todos os rancores políticos latentes ao longo dos anos, havendo o já histórico episódio do atentado contra a vida do então candidato Jair Bolsonaro⁸⁸⁹ e agressões por conta de ideias políticas divergentes⁸⁹⁰.

Demonstrar uma preferência ideológica nunca havia sido tão perigoso desde a Constituição de 1988. No campo das redes sociais, a disputa recrudesciu, havendo inúmeras manifestações que desbordavam do simples exercício da liberdade de expressão e adentravam no terreno brumoso do ódio e da ofensa. Assim, familiares e amigos, que por anos dividiam a mesma mesa sem maiores conflitos, passaram a desfazer laços por conta de visões políticas opostas⁸⁹¹.

Este clima de beligerância apenas aumentou com a eleição de Jair Bolsonaro, que passou então a se utilizar da Presidência da República para interferir em campanhas publicitárias de inclusão de grupos minoritários em sociedades de economia mista⁸⁹², apoio de boicotes a veículos de imprensa⁸⁹³, ameaça de agressão física a jornalistas⁸⁹⁴ ou mesmo solicitar mapeamento de detratores nas redes sociais⁸⁹⁵. Assim, tanto a manifestação de pensamento por meio físico quanto a digital não se mostram um terreno promissor para a liberdade de expressão.

No próximo tópico, pretende-se aprofundar a discussão para analisar os pressupostos do livre mercado de ideias, do agir comunicativo e do discurso prático geral a fim de pontuar o que consideramos as razões para a crescente insatisfação com o livre mercado de ideias, especificamente: i) excesso de confiança nos interlocutores e pressuposições que não se

⁸⁸⁸ G1, **Atos contra a prisão de Lula e a favor da Lava Jato têm confusão entre participantes na Av. Paulista**, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/07/manifestacao-contr-a-prisao-do-ex-presidente-lula-fecha-parte-da-avenida-paulista.ghtml>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁸⁹ FREITAS, Felipe, **Dois anos da facada: Bolsonaro mantém ferida aberta na política; entenda**, Último Segundo, disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-09-06/dois-anos-da-facada-bolsonaro-mantem-ferida-aberta-na-politica-entenda.html>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁹⁰ COSTA, Camila; SOUZA, Felipe; IDOETA, Paula, Semanas antes do segundo turno, denúncias de agressões se espalham pelo país, **BBC News Brasil**.

⁸⁹¹ ORTEGA, Rodrigo, **Eleição abala grupos de amigos e famílias no WhatsApp; veja histórias e dicas para lidar com discórdias**, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/04/eleicao-abala-grupos-de-amigos-e-familias-no-whatsapp-veja-historias-e-dicas-para-lidar-com-discordias.ghtml>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁹² ESTADÃO CONTEÚDO, **Bolsonaro veta campanha do BB marcada pela diversidade; diretor é demitido**.

⁸⁹³ AFP, **Bolsonaro pede boicote à Época e à Folha de S.Paulo**, disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/02/27/bolsonaro-pede-boicote-a-epoca-e-a-folha-de-spaulo.htm>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁹⁴ G1, **Bolsonaro ameaça jornalista: “Minha vontade é encher tua boca na porrada”**, G1, disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/08/23/bolsonaro-ameaca-jornalista-minha-vontade-e-enchere-tua-boca-na-porrada.ghtml>>. acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁹⁵ VALENTE, Rubens, **Rubens Valente - Relatório do governo separa em grupos jornalistas e influenciadores**, disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/12/01/governo-bolsonaro-jornalistas-redes-sociais.htm>>. acesso em: 5 jan. 2021.

adequam ao debate público *in concreto*; e ii) a dinâmica do tempo em uma sociedade que não mais se permite esperar o convencimento.

4.5.3. Quarto Excurso: Falhas nas teorias discursivas e no livre mercado de ideias

O breve histórico acima apresentado buscou apresentar uma visão panorâmica dos conflitos envolvendo a liberdade de expressão no campo político, não sendo possível neste espaço a demonstração por meio de métodos quantitativos do crescimento dos conflitos sociais por divergência de pensamento.

Contudo, pode-se notar que os desacordos se materializaram na forma de ações concretas de violência, deixando qualquer possibilidade de argumentação racional para trás. Isto já é um sério indício de que as Regras da Razão e o conteúdo *prima facie* do princípio da liberdade de expressão foram fortemente abalados com o recrudescimento dos humores.

A questão, contudo, não é a inadequação da realidade ao modelo teórico proposto, mas sim do nível de incompatibilidade entre tais esferas. Tomando por base essa premissa, parece que a divergência ideológica ultrapassou os limites mínimos para que pudesse haver um discurso prático geral.

A partir do momento em que pessoas podem ser agredidas pela simples preferência de pensamento político ou tenham suas relações pessoais comprometidas caso entendam por bem manifestar uma dada ideologia, nota-se um crescimento do pensamento autoritário e da impossibilidade de diálogos construtivos em busca de consensos.

Aqui cabe um breve esclarecimento, permanece evidentemente lícita a discordância e o término de relações pessoais, a liberdade de expressão não é o dever de aceitação e concordância por parte do outro, mas, tomadas estas relações em conjunto com o aumento da violência, percebe-se que não se está mais na simples discordância, havendo uma distinção de grau entre o cenário que se iniciou nas manifestações de junho de 2013 e o vivido no momento atual.

Desta maneira, ainda que as Regras da Razão já sejam inalcançáveis de início, pode-se sustentar que o nível de respeito à liberdade de expressão, seja pelas instituições formais ou informais, encontra-se extremamente baixo.

De início, cumpre considerar que o interlocutor pressuposto nas teorias acima apontadas e na formulação da liberdade de expressão é um indivíduo próximo ao chamado *homo*

*economicus*⁸⁹⁶ no que diz respeito à sua capacidade de compreensão das mensagens e ao repertório de argumentos que pode utilizar para refutar uma dada argumentação.

Por outro lado, os modelos divergem do *homo economicus* ao lhe subtrair o chamado egoísmo metodológico, ou seja, a colocação dos próprios interesses como fatores determinantes de seus posicionamentos. Noutras palavras, pressupõe-se na teoria do agir comunicativo e no discurso prático geral que os interlocutores tomarão parte no debate defendendo ideias universalizáveis e não a defesa de seus próprios interesses contingentes⁸⁹⁷.

Ainda sobre os interlocutores, nota-se uma crescente tendência de que os participantes do diálogo estão convencidos de apenas convencer, noutras palavras, pressupõem que seu ponto de vista é o correto, não se abrindo à efetiva absorção de posturas críticas. Dentro deste cenário, pouco espaço resta àquele que se debruça sob a checagem de fatos, restando sempre suspeita a análise que destoa de um pressuposto assumido como verdade incontestável pelo falante⁸⁹⁸.

Além disto, há de se notar que não há uma efetiva isonomia entre falante e ouvinte, pelo contrário, a sociedade mostra-se cindida entre participantes do discurso que possuem maior e menor capacidade intelectual, formações diversificadas e demais elementos que alteram as conclusões às quais se pode chegar, ainda que se pressuponha a exata compreensão da mensagem expressa pelo falante⁸⁹⁹.

Cumprindo acrescentar que, ainda que haja uma forte reação da crítica marxista à razão instrumental⁹⁰⁰, que supostamente desacoplaria as decisões de uma base valorativa, parece que interlocutores de todos os polos participam do debate a partir de seus próprios interesses contingentes e não visando um acordo universal⁹⁰¹. Noutras palavras, todos agem a partir do egoísmo metodológico.

Encerrando o debate sobre o otimismo a respeito dos interlocutores, ainda que ALEX Y pontue que os participantes do debate devam se manter abertos à discussão e à própria mudança

⁸⁹⁶ THALER; SUNSTEIN, **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**.

⁸⁹⁷ HABERMAS, **Moral Consciousness and Communicative Action**, p. 134.

⁸⁹⁸ MARWICK, Why Do People Share Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects.

⁸⁹⁹ Veja-se, a título de exemplo, os diferentes níveis de alfabetização no Brasil. IBGE, **Educação | Educa | Jovens - IBGE**, disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>. acesso em: 31 out. 2021.

⁹⁰⁰ Veja-se a síntese das posições de Lukács, Adorno e Horkheimer em: HABERMAS, **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung**, p. 489 e seguintes.

⁹⁰¹ Um exemplo recente é que a própria oposição ao Presidente Jair Bolsonaro não consegue se desligar de seus interesses eleitorais em 2022. NEIVA, Lucas, **PT e Psol confirmam a não participação em atos de 12 de Setembro**, Congresso em Foco, disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/pt-e-psol-confirmam-a-nao-participacao-em-atos-de-12-de-setembro/>>. acesso em: 31 out. 2021.

de posicionamento⁹⁰², evidencia-se que os interlocutores estão fechados ao diálogo e assumem formas monádicas dentro do debate, pressupondo que seus pontos de vista são os únicos corretos e a esfera pública serve apenas e tão somente para sua vitória⁹⁰³.

Este fechamento às posturas críticas oriundas dos demais interlocutores inviabiliza qualquer possibilidade de diálogo construtivo e, pior que isso, permite então o surgimento do maniqueísmo indispensável aos conflitos. Assim, instrumentos como a checagem de fatos parecem sempre enviesadas e destinadas apenas a prejudicar um dado ponto de vista, como se sua construção tivesse por objetivo único e exclusivo o ataque a uma dada posição política, científica ou religiosa.

Não se pode ainda deixar de notar que o discurso contemporâneo mantém a concentração do debate ao redor de atores específicos. Se o modelo econômico pressupõe que, dentro de uma livre competição, o agente mais eficiente ganha espaço e angaria para si uma confortável posição de domínio no mercado, o mesmo talvez não possa ser dito no âmbito do debate público. Noutras palavras, uma pessoa não se torna, necessariamente, mais ou menos influente por conta da qualidade de suas ideias, mas por diversos outros fatores que pouco se ligam à argumentação, tais como habilidades esportivas, virulência no discurso, a beleza, o humor ou mesmo a habilidade de se posicionar de acordo com o que os interlocutores desejam ouvir⁹⁰⁴.

Uma vez adquirido o capital de influência, os indivíduos podem se manifestar sobre qualquer assunto que esteja fora de sua área de expertise e, mesmo assim, arregimentar seus seguidores na defesa de uma ideia que eventualmente pode ser despida de qualquer refinamento.

Noutras palavras, o poder de influência na esfera pública não necessariamente caminha junto ao conhecimento a respeito dos temas sobre os quais esta influência atua. Desta maneira, boas e más ideias (deixando em aberto o que isso pode significar) não estão correlacionados ao seu poder de difusão. Pior que isso, a própria esfera pública anseia pela opinião dos indivíduos mesmo fora de sua área de especialidade⁹⁰⁵.

⁹⁰² ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, p. 240.

⁹⁰³ Isto se constata no próprio discurso jurídico ao ponto de que uma dada concepção seja considerada “iluminista” frente às demais, que contrario sensu deveriam ser chamadas de “obscurantistas”. BARROSO, Luís Roberto, Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas, *Revista da EMERJ*, v. 21, n. 3, p. 11–35, 2019.

⁹⁰⁴ Veja-se, por exemplo, que os perfis com mais seguidores em redes sociais são ocupados por esportistas, atores e cantoras. FRANCO, Marcelo, **Top 20: veja as contas mais seguidas nas redes sociais em 2019**, TechTudo, disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/03/relatorio-divulga-top-20-contas-mais-seguidas-nas-redes-sociais-em-2019.ghtml>>. acesso em: 29 out. 2021.

⁹⁰⁵ CATRACA LIVRE, **Anitta é ameaçada de boicote por causa de Jair Bolsonaro**.

Além do excesso de confiança nas capacidades e intenções dos participantes do diálogo, cumpre notar que as crises do livre mercado de ideias se ligam à dinâmica do tempo na sociedade contemporânea, que não mais se permite aguardar os resultados dos debates.

Para que se tenha ideia da quantidade de tempo para que uma opinião seja aceita pela sociedade, o matemático grego Erastóstenes (276 a.C. a 194 a.C.) realizou experimento que o permitiu medir o raio e, por consequência, a circunferência do planeta Terra⁹⁰⁶. Dois mil anos depois, ainda há aqueles que julgam que a Terra seja plana, embora, evidentemente, sejam uma minoria. Em 1796, o médico Edward Jenner realizou o primeiro experimento que levou ao desenvolvimento das vacinas⁹⁰⁷. Mais de duzentos anos depois, há quem julgue que vacinas causam autismo. Um acordo razoável sobre questões de fato, portanto, ou é impossível ou leva muito mais tempo do que se pode dispor.

Oposto ao tempo necessário para que a sociedade se aproxime de consenso, a evolução das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) permitiu que os indivíduos se comuniquem de muito mais veloz, não se aguarda mais meses para a chegada de uma carta e é possível adquirir um produto por meio da Internet e recebê-lo no mesmo dia.

Este ritmo acelerado de vida, cujo início foi detectado na transição para a Modernidade por WEBER⁹⁰⁸ e no qual não há mais tempo de espera entre estímulo e resposta, contém elementos que afetam o debate público. Se antes a formação de uma convicção sobre determinada questão poderia levar meses ou anos, hoje, exige-se que todos os indivíduos possuam opiniões sobre todas as questões relevantes da sociedade.

Evidentemente, a qualidade das opiniões e dos debates é proporcional ao tempo dispendido na meditação sobre uma dada questão a ser resolvida. Quanto mais tempo se gasta na pesquisa e no pensamento, maior a probabilidade de que se chegue a uma conclusão mais robusta a respeito de uma dada questão. Por outro lado, estima-se que a desinformação seja disseminada de modo mais veloz que notícias verdadeiras⁹⁰⁹.

Desta maneira, a mudança da dinâmica com a qual a sociedade contemporânea lida com o tempo para a formação de opiniões desgasta o modelo do livre mercado de ideias, pois não se permite mais o desenvolvimento natural da opinião ao longo do tempo.

⁹⁰⁶ INSTITUTO DE MATEMÁTICA, ESTATÍSTICA E COMPUTAÇÃO CIENTÍFICA, A primeira medição do raio da Terra – Derivando a matemática.

⁹⁰⁷ FIOCRUZ, **Conheça a história das vacinas - Bio-Manguinhos/Fiocruz || Inovação em saúde || Vacinas, kits para diagnósticos e biofármacos**, disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1738-conheca-a-historia-das-vacinas>>. acesso em: 29 out. 2021.

⁹⁰⁸ WEBER, Max, **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁹⁰⁹ LAZER *et al*, *The Science of Fake News*.

Em resumo: i) as teorias que dão amparo ao livre mercado de ideias e ao discurso estão baseadas em uma série de pressupostos muito distantes do comportamento real dos indivíduos, pois pressupõem a abertura ao diálogo, a utilização de proposições universalizáveis e a igualdade da fala dos participantes; ii) no contexto brasileiro recente, nota-se que uma bifurcação entre grupos de indivíduos à esquerda e à direita dura anos e não encontra pacificação, sendo que ambos os lados participam desta polarização a partir do pensamento grupal; e iii) mostra-se necessário pensar o discurso e o livre mercado de ideias a partir de um paradigma mais realista, orientado às emoções, idiosincrasias, dissonância cognitiva, paranoias e pensamento grupal.

4.6. De volta à necessidade de vedação das tecnologias persuasivas na propaganda política a despeito de sua eficácia parcial

Como visto, não será a vedação às tecnologias persuasivas que dará cabo das divergências políticas que destoam do razoável e tampouco serão elas a eliminar os problemas decorrentes da divisão entre os membros da sociedade.

As tecnologias persuasivas são apenas uma parte do intrincado quebra-cabeça da disputa eleitoral e nem mesmo a desinformação e as *Fake News* abrangem todos os elementos necessários para uma compreensão adequada do jogo democrático.

Partindo destas considerações, por qual motivo seria útil vedar a utilização de tecnologias persuasivas?

A resposta é simples, ainda que um elemento não dê cabo de solucionar um problema complexo, uma pequena correção setorial auxilia, ainda que em pequena escala, no enfrentamento da questão.

Contudo, não se pode vender a ideia de proibição das tecnologias persuasivas como a panaceia que irá conduzir as democracias a um idílico cenário no qual todos os indivíduos se tornam pessoas desinteressadas e imparciais. Isso jamais ocorreu e, provavelmente, jamais ocorrerá.

O que se pretende é apenas evitar que mensagens elaboradas para determinados tipos de personalidade sejam endereçadas, especialmente quando o grau de persuasão de tais mensagens tenha efeito por rotas periféricas de processamento.

Assim, embora a disputa política tenha em si mesmo um elemento emocional, não se deve compreender que as eleições tenham de ser disputadas apenas e tão somente com base nos

afetos de cada indivíduo, sob pena de que a irracionalidade agrave ainda mais o estado de coisas observado nos excursos acima analisados.

Não se deve ainda deixar de notar que a propaganda elaborada de modo diverso para cada indivíduo viabiliza o descumprimento do art. 242 do Código Eleitoral e dificulta sua comprovação por parte dos candidatos prejudicados.

Ao lado disto, a exploração de heurísticas e vieses se torna elemento igualmente grave, pois o apelo ao enquadramento das informações pode consistir em distorções preocupantes a respeito de como as questões fundamentais do futuro do país devem ser apreciadas.

Por tais motivos, entendemos que, ainda que as tecnologias persuasivas sejam apenas uma parte e uma parte de reduzida influência, sua restrição tem como benefício auxiliar na construção de uma disputa eleitoral mais justa e equilibrada através da redução de influências manipulativas na tomada de decisão do eleitor.

5. Considerações finais da Parte III

A Parte III desta Tese inicia e encerra as considerações jurídicas sobre os fenômenos analisados nas partes anteriores.

A análise partiu da dignidade da pessoa humana, demonstrou-se que a matriz kantiana é apenas parcialmente utilizável no contexto contemporâneo para além da fórmula do objeto e que as definições de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana sempre dizem respeito à autonomia/liberdade dos indivíduos e à sua integridade física e psicológica.

Em que pese a ligação da dignidade da pessoa humana com o direito à liberdade, preferiu-se discutir o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como direito geral de liberdade de ação e direito geral de personalidade a fim de aproximar-nos do objetivo de descrever a liberdade do indivíduo dentro de tais concepções normativas.

Após, buscou-se demonstrar que não basta a possibilidade de agir nos espaços em que a lei não veda para que se possa dizer que o direito de liberdade está completamente preenchido, pelo contrário, há necessidade proteção dos processos deliberativos do indivíduo através de um direito fundamental à livre tomada de decisão.

Este direito possui duas faces complementares: i) dever de abstenção de intervenções manipulativas na tomada de decisão; e ii) direito à informação a respeito das estratégias persuasivas utilizadas perante o indivíduo.

Além disto, pode-se notar um repúdio sistemático à manipulação por meio da análise do ordenamento jurídico brasileiro, tal como ocorre nas figuras do dolo, da lesão, da publicidade

enganosa e abusiva, da propaganda que cria artificialmente estados anímicos, bem como no crime de estelionato.

Descritas estas linhas gerais, pontuou-se que não há sobreposição integral entre a autodeterminação informativa ou a liberdade cognitiva frente à livre tomada de decisão, tratando-se de conceitos diferentes.

Além disto, os confrontos com a livre iniciativa e a livre concorrência são meramente aparentes, pois as tecnologias persuasivas podem, inclusive, criar barreiras de entrada ou dificultar a permanência de sociedades empresárias que não disponham de grandes bancos de dados para seus anúncios publicitários.

Discutiu-se também a necessidade de que as restrições sejam antecedidas de Análise de Impacto Regulatório a fim de que se verifique, com base em dados e estudos, os efetivos impactos da intervenção do Estado na atividade econômica.

Por fim, apresentou-se propostas a fim de vedar a utilização de heurísticas e vieses no campo da publicidade e de inserir deveres informacionais no campo da publicidade baseada em dados pessoais visando compatibilizar a publicidade com o direito fundamental à livre tomada de decisão.

No que diz respeito ao plano eleitoral, pontuou-se que não é a vedação às tecnologias persuasivas que dará cabo de problemas cuja raiz é muito mais profunda, estando atrelada a aspectos emocionais, dissonância cognitiva, pensamento grupal e demais elementos que nublam o juízo de qualquer indivíduo.

A despeito disto, a vedação à utilização das tecnologias persuasivas no contexto eleitoral pode ao menos remover um dos inúmeros obstáculos à livre tomada de decisão, possibilitando então que os eleitores possam escolher seus candidatos com a menor influência possível em seu processo de deliberação.

Considerações finais da Tese

Não deixa de ser curioso que a pedra angular de todo o sistema jurídico, a saber, a liberdade (as disposições proíbem, permitem ou regulam seu exercício) seja deixada de lado com tanta facilidade.

Buscou-se enfrentar o problema, o que redundou em poucos avanços à teoria jurídica contemporânea, o qual parece adotar um sincretismo entre disposições deterministas e indeterministas por motivos que ultrapassam a coesão do sistema e chegam à sua própria existência.

Para nós, o que pode ser empiricamente observado é que o ser humano é dotado de vontades e estas vontades, conscientes ou inconscientes, partem do indivíduo, que poderá ou não as satisfazer dentro de uma série de obstáculos que lhe são postos no curso de sua vida.

Estas vontades também estão relacionadas com tipos de personalidade, fatores hereditários e culturais, os quais moldam cada indivíduo de modo único, permitindo-lhe possuir todas as riquezas da experiência humana.

Também a razão, estandarte que carrega algumas das melhores e piores construções da Humanidade parece, assim como a liberdade plena dos libertários, ter desvanecido. Por trás de seu véu, identifica-se um ser fáustico, dividido entre dois mundos, um sistema mais racional e outro mais propenso aos pensamentos pouco refletidos.

Não há, portanto, no ser humano, a figura que aspirava no Iluminismo e, para quem considera isto ainda uma hipótese, o horror de duas conflagrações mundiais e uma absoluta despreocupação com a vida de milhares de brasileiros durante a pandemia causada pela COVID-19 mostram apenas e tão somente que a razão e o imperativo categórico são formas ocas de algo muito mais rico e complexo.

Ao lado disto, a fusão entre Psicologia, Publicidade e tecnologia permite que se possa interferir a partir de dados pessoais ou de análise de heurísticas e vieses nossas fragilidades cognitivas e, por meios estatísticos, conjugar traços de personalidade com princípios de persuasão, aumentando a possibilidade de convencimento.

Ainda que não demonstradas cabalmente sua eficácia, as tecnologias persuasivas têm sido alvo de intenso interesse são aplicadas diuturnamente (mesmo que não tenhamos sequer autorizado a sua aplicação) e podem colocar em risco relações de consumo e a própria Democracia.

Para fazer frente a este Leviatã tecnológico, produto da confluência de toda a artimanha do homem contra o homem e do homem para o homem (pois as tecnologias não são boas ou más em si mesmas), necessário revisitar a liberdade.

O mesmo sistema jurídico que parte ainda de um indivíduo capaz de grandes feitos assegura na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade a autonomia/liberdade para que os indivíduos possam gerir suas próprias vidas.

Neste campo, deve florescer o direito à livre tomada de decisão, consistente numa proteção contra a manipulação por meios tecnológicos e, ao mesmo tempo, um dever de explicação ao usuário quando forem utilizados em contexto de publicidade ou em aplicações visando sua própria qualidade de vida, a utilização de dados pessoais, o funcionamento das estratégias de persuasão tecnológicas e a faculdade de não se ver submetido a elas.

Ao mesmo passo, entendemos que, no contexto da propaganda eleitoral, dadas as peculiaridades das disputas eleitorais, mais afetadas pelas emoções, dissonância cognitiva, pensamento grupal e outros elementos, há necessidade de vedação das tecnologias persuasivas em caráter integral.

Somente com o reconhecimento de nossa própria falibilidade (e do quão pouco é necessário para nos manipular) poderemos dar um passo em direção a uma melhora significativa na liberdade dos indivíduos seja ela a defendida pelos compatibilistas, seja ela a dos libertários.

Deste modo, a hipótese B(?) / C(A) é a que reputamos verdadeira nesta Tese e consiste em: As tecnologias persuasivas afetam a tomada de decisão do indivíduo, mas não está claro se podem ser consideradas em todo ou em parte manipulativas. Há um direito fundamental à livre tomada de decisão, de modo que as tecnologias persuasivas que com este direito conflitam devem ser reputadas contrárias à Constituição Federal e/ou à legislação infraconstitucional.

Esta Tese buscou avançar nestes pontos, muitos outros ainda são necessários, especialmente no que diz respeito à propaganda política. Contudo, escapa das forças deste autor a sabedoria e o distanciamento histórico necessários para uma análise mais profunda do verdadeiro caos vivido pelo Ocidente e se ele realmente decorre majoritariamente das plataformas ou se há algo além disto.

Por fim, espera-se que esta Tese incentive o debate sobre as tecnologias persuasivas. Não há nada de errado em finalizar uma Tese dizendo que não se alcançou uma verdade incontestável, pelo contrário, suspeito seria, pela primeira vez na história, ter localizado uma verdade inabalável e infalseável.

Síntese dos pontos defendidos na tese

Após todo o percurso apresentado, pode-se apresentar algumas conclusões que são sumarizadas da seguinte forma:

- a) Não é possível saber com certeza cartesiana se há ou não livre arbítrio, contudo, afiliamo-nos na tese da compatibilidade, considerando o livre arbítrio a possibilidade de realizar aquilo que se deseja sem impedimentos fáticos ou jurídicos;
- b) Os estudos sobre personalidade indicam que ainda não é possível delimitar de maneira precisa quais são os fatores preponderantes na formação da personalidade (hereditários,

ambientais, culturais etc.), mas o modelo dos *Big Five* possui ampla aceitação prática e é um instrumento que permite identificar traços de personalidade com precisão suficiente;

- c) As teorias de tomada de decisão existentes parecem indicar que modelos de sistemas duais trabalham melhor com a análise de indivíduos em suas agruras da vida quotidiana, distanciando-se de modelos mais extremos como o da bala mágica ou do agente racional;
- d) A transição da publicidade analógica à publicidade digital permitiu um conhecimento dos consumidores jamais visto, bem como a otimização dos meios de direcionamento de mensagens publicitárias;
- e) Ao lado disto, estudos comparando as técnicas de persuasão com tipos de personalidade demonstram uma possível eficácia das estratégias baseadas em dados pessoais, embora as pesquisas ainda devam prosseguir a fim de compreendermos os limites e extensões da conjugação de dados pessoais e estratégias persuasivas;
- f) De modo mais seguro, a utilização de heurísticas e vieses é amplamente utilizada no mercado, inclusive por meios tecnológicos, propiciando intervenções não comunicadas ao consumidor em anúncios publicitários ou contratações;
- g) Diante do quadro acima, parece imprescindível reconhecer a existência a um direito à livre tomada de decisão, consistente em uma dimensão negativa ligada ao dever de abstenção da utilização de meios manipulativos e uma dimensão positiva referente ao dever de esclarecimento quando tais tecnologias forem utilizadas nos contextos em que forem permitidas;
- h) Propõe-se, para a convivência entre as tecnologias persuasivas e o direito fundamental à livre tomada de decisão, no contexto publicitário: i) vedação a expressões de alto poder persuasivo; ii) vedação ao aproveitamento de vieses e heurísticas no contexto publicitário e de contratação; iii) vedação à insistência de envio de mensagens persuasivas; iv) dever de comunicação ao destinatário da mensagem a respeito da utilização de seus dados pessoais para a elaboração da mensagem publicitária; v) dever de esclarecimento sobre o funcionamento desta publicidade; e vi) dever de facultar ao

consumidor não ser submetido a estratégias persuasivas baseadas em seu perfil psicográfico;

- i) No contexto da propaganda eleitoral, deve haver proibição total da utilização de tecnologias persuasivas, dada a maior sensibilidade dos indivíduos por conta do caráter emocional das disputas eleitorais; e
- j) Em todos os casos, não se deve vedar a utilização de tecnologias persuasivas quando o próprio usuário tenha interesse em sua aplicação para programas voltados a mudança de comportamento, especialmente no que se refere a vícios como alcoolismo e tabagismo, por exemplo.

Referências

ADAJI, Ifeoma; OYIBO, Kiemute; VASSILEVA, Julia. Consumers' Need for Uniqueness and the Influence of Persuasive Strategies in E-commerce. *In*: HAM, Jaap; KARAPANOS, Evangelos; MORITA, Plinio; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2018**. Cham: Springer, 2018, p. 279–284.

AFONSO, Luiz Fernando. **Proteção do consumidor: propaganda enganosa e práticas de storytelling**. São Paulo: Almedina, 2019.

AFP. **Bolsonaro pede boicote à Época e à Folha de S.Paulo**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/02/27/bolsonaro-pede-boicote-a-epoca-e-a-folha-de-spaulo.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AIOLFI, Simone; BELLINI, Silvia; PELLEGRINI, Davide. Data-driven digital advertising: benefits and risks of online behavioral advertising. **International Journal of Retail & Distribution Management**, v. 49, n. 7, p. 1089–1110, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes TRIVISONNO. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 9. ed. [s.l.]: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2022.

- ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung**. 9. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2019.
- ÁLVARES, DÉBORA. **Bolsonaro diz que veto à propaganda do Banco do Brasil foi “respeito com a população”**. **Veja vídeo**. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/amp/projeto-bula/reportagem/bolsonaro-diz-que-veto-a-propaganda-do-banco-do-brasil-foi-respeito-com-a-populacao-veja-video/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- ALVES, Fabrício Germano. **Direito publicitário: proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- ARIELY, Dan. **Predictably Irrational: The hidden forces that shape our decisions**. Londres: HarperCollinsPublishers, 2009.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Edipro, 2017.
- ARROYO, César Landa. **Los derechos fundamentales**. Lima: Fondo Editorial, 2017.
- ARTICLE 19. **The Global Expression Report 2021: The state of freedom of expression around the world**. [s.l.]: ARTICLE 19, 2021.
- ASENDORPF, Jens B.; RAUTHMANN, John F. States and Situations, Traits and Environments. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- ATHERTON, Olivia E.; DONNELLAN, M. Brent; ROBINS, Richard W. Development of Personality across the Life Span. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- AUGUGLIARO, Frank. **How Bots Broke the FCC’s Public Comment System During the Net Neutrality Debate | WIRED**. Wired. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/bots-broke-fcc-public-comment-system/>>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- BAKIR, Vian. Psychological Operations in Digital Political Campaigns: Assessing Cambridge Analytica’s Psycographic Profiling and Targeting. **Frontiers in Communication**, v. 5, p. 1–16, 2020.
- BALAGUER, Mark. **Free Will as an Open Scientific Problem**. Cambridge: The MIT Press, 2010.
- BAR-GILL, Oren. Consumer Transactions. *In*: **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Londres: Oxford University Press, 2014, p. 465–490.

- BARON, Jonathan. Heuristics and Biases. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Orgs.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **Revista da EMERJ**, v. 21, n. 3, p. 11–35, 2019.
- BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**. Indaiatuba: Foco, 2021.
- BAYER, Judit. Double harm to voters: Data-driven micro-targeting and democratic public discourse. **Internet Policy Review**, v. 9, n. 1, p. 1–17, 2020.
- BBC NEWS BRASIL. Twitter suspende permanentemente conta de Trump. **BBC News Brasil**, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55597638>>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. The Failure of Mandated Disclosure. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 159, p. 647–749, 2011.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- BIONI, Bruno. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BIONI, Bruno; LUCIANO, Maria. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial (arts. 155 a 212)**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (Arts. 1º a 120)**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

- BLACKMORE, Susan. **Consciousness: A very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BOLDRINI, Ângela; BERGAMIN JR, Giba. **Manifestantes pró-Dilma e PM entram em confronto em São Paulo - 30/08/2016 - Poder**. Folha de S.Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1808669-manifestantes-pro-dilma-entram-em-confronto-com-a-pm-em-sao-paulo.shtml>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- BORGEFALK, Gustav; LEON, Nick de. The Ethics of Persuasive Technologies in Pervasive Industry Platforms: The Need for a Robust Management and Governance Framework. *In: OINAS-KUKKONEN, Harri; WIN, Khin Than; KARAPANOS, Evangelos; et al (Orgs.). PERSUASIVE 2019*. Cham: Springer, 2019, p. 156–167.
- BORGES, Diego. **Fãs dormem em frente a GameStop atrás de um PS5 ou Xbox Series X**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/voxel/207481-fas-dormem-frente-gamestop-ps5-xbox-series-x.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- BOXELL, Levi; GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse M. Greater Internet use is not associated with faster growth in political polarization among US demographic groups. **PNAS**, v. 114, n. 40, p. 10612–10617, 2017.
- BRAGA NETTO, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BRASIL. SENACON. Nota Técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON.
- BRASIL. SENACON. Nota Técnica n.º 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ.
- BRIDGER, Darren. **Neurodesign: Neuromarketing Insights to Boost Engagement & Profitability**. London: Kogan Page, 2017.
- BUBLITZ, Christoph. Moral Enhancement and Moral Freedom. **Journal of Applied Philosophy**, v. 35, n. 1, p. 88–106, 2016.
- BUBLITZ, Christoph. My Mind is Mine!? Cognitive Liberty as a Legal Concept. *In: Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*. Heidelberg: Springer, 2013, p. 233–264.
- BUSCH, Oliver. The Programmatic Advertising Principle. *In: BUSCH, Oliver (Org.). Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time*. Cham: Springer, 2016.
- CACIOPPO, John; PETTY, Richard; FEINSTEIN, Jeffrey; *et al*. Dispositional Differences in Cognitive Motivation: The Life and Times of Individuals Varying in Need for Cognition. **Psychological Bulletin**, v. 119, n. 2, p. 197–253, 1996.
- CALO, Ryan. Digital Market Manipulation. **The George Washington Law Review**, v. 82, p. 995–1051, 2014.

- CAMACHO, Walter Gutiérrez; SACIO, Juan Manuel Sosa. Artículo 1. *In: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.). **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**. 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1.*
- CAMPAGNA, Norbert. Person. *In: **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017.*
- CAMPO, Javier Jiménez. Artículo 10. *In: FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo; BAAMONDE, María Emilia Casas (Orgs.). **Comentarios a la Constitución Española**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2018, v. 1.*
- CARNEGIE, Dale. **How to Win Friends and Influence People**. London: Penguin Random House, [s.d.].
- CASTELLS, Manuel. **The Information Age: Economy, Society, and Culture - The Rise of Network Society**. 2. ed. Malden: Wiley-Blackwell, 2010.
- CASTRO, DANIEL. **Demissões e prejuízo: Globo chega aos 58 anos a caminho do desastre?** Notícias da TV. Disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/demissoes-e-prejuizo-globo-chega-aos-58-anos-a-caminho-do-desastre-101441>>. Acesso em: 19 maio 2023.
- CASTRO, DANIEL. **Igreja Universal assume produção de novelas da Record; saiba o que muda**. Notícias da TV. Disponível em: <<https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/daniel-castro/igreja-universal-assume-producao-de-novelas-da-record-saiba-o-que-muda-94452>>. Acesso em: 19 maio 2023.
- CATRACA LIVRE. **Anitta é ameaçada de boicote por causa de Jair Bolsonaro**. Catraca Livre. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/anitta-e-ameacada-de-boicote-por-causa-de-jair-bolsonaro/>>. Acesso em: 4 jan. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CHAIKEN, Shelly; LEDGERWOOD, Alison. A Theory of Heuristic and Systematic Information Processing. *In: **Handbook of Theories of Social Psychology***. Londres: Sage, 2012, v. 1.
- CHANDER, Anupam; KRISHNAMURTHY, Vivek. The Myth of Platform Neutrality. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 400–416, 2018.
- CHANG, Chingching. “Being Hooked” by Editorial Content: The Implications for Processing Narrative Advertising. **Journal of Advertising**, v. 38, n. 1, p. 21–33, 2009.
- CHANG, Chingching. Narrative Advertisements and Narrative Processing. *In: **Advertising Theory***. 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.

- CHAUDHURI, Arjun. **Emotion and Reason in Consumer Behavior**. Oxford: Butterworth – Heinemann, 2006.
- CHAVES, Rui Moreira. **Código da Publicidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CHEVALIER, Claude; SELHI, Lilia. **Communication et Publicité**. 3. ed. Montreal: Cheneliere Education, 2017.
- CHORVAT, Terrence; MCCABE, Kevin; SMITH, Vernon. Law and Neuroeconomics.
- CIALDINI, Robert B. **Influence: Science and Practice**. 5. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2014.
- CIOCARLAN, Ana; MASTHOFF, Judith; OREN, Nir. Actual Persuasiveness: Impact of Personality, Age and Gender on Message Type Susceptibility. *In*: OINAS-KUKKONEN, Harri; WIN, Khin Than; KARAPANOS, Evangelos; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2019**. Cham: Springer, 2019, p. 283–294.
- CLONNIGER, Susan C. Conceptual and Historical Perspectives. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1–44, 1960.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa: empresa e estabelecimento: títulos de crédito**. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- COLOMBO, Cristiano. Art. 2º. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura (Orgs.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Indaiatuba: Foco, 2022.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: pessoas**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- COSTA, Camila; SOUZA, Felipe; IDOETA, Paula. Semanas antes do segundo turno, denúncias de agressões se espalham pelo país. **BBC News Brasil**, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45826628>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- CULLIFORD, Elizabeth. **Facebook suspende conta de Trump até 2023**. CNN Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/facebook-suspende-conta-de-trump-ate-2023/>>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

- DAUGHERTY, Terry; HOFFMAN, Ernest. Neuromarketing: Understanding the Application of Neuroscientific Methods Within Marketing Research. *In*: THOMAS, Andrew R.; POP, Nicolae Alexandru; IORGA, Ana Maria; *et al* (Orgs.). **Ethics and Neuromarketing**. Cham: Springer, 2017.
- DAWKINS, Richard. **The selfish gene: 40th anniversary edition**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- DEHLING, Tobias; ZHANG, Yuchen; SUNYAEV, Ali. Consumer Perceptions of Online Behavioral Advertising. *In*: **2019 IEEE 21 st Conference on Business Informatics**. [s.l.]: IEEE Computer Society, 2019.
- DELLEN, Robby van; VRIES, Roelof A. J. de; HEYLEN, Dirk K. J. Questioning Our Attitudes and Feelings Towards Persuasive Technology. *In*: OINAS-KUKKONEN, Harri; WIN, Khin Than; KARAPANOS, Evangelos; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2019**. Cham: Springer, 2019, p. 3–15.
- DEYOUNG, Colin G.; BLAIN, Scott. Personality Neuroscience. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- DIAS, Joana Amaral. **O cérebro da política**. Lisboa: Edições 70, 2014.
- DIGMAN, John M. Personality Structure: Emergence of The Five-Factor Model. **Annual Review of Psychology**, v. 41, p. 417–440, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. Art. 1º. *In*: FIUZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Orgs.). **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados: a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

- DUARTE, Nestor. Art. 1º. *In*: PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Manole, 2022.
- DUCU, Cristian. Topoi in Neuromarketing Ethics. *In*: THOMAS, Andrew R.; POP, Nicolae Alexandru; IORGA, Ana Maria; *et al* (Orgs.). **Ethics and Neuromarketing**. Cham: Springer, 2017.
- DUFF, Brittany R. L.; FABER, Ronald J.; NAN, Xiaoli. Coloring Outside the Lines. *In*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.). **Advertising Theory**. 2. ed. New York: Routledge, 2019.
- EHMANN, Horst. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. **JURA**, v. 6, p. 437–448, 2011.
- EISENBERG, Melvin A. Behavioral Economics and the Contract Law. *In*: **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Londres: Oxford University Press, 2014, p. 438–464.
- ELKIN-KOREN, Niva; GAL, Michal. The Chilling Effects of Governance-by Data on Data Markets. **The University of Chicago Law Review**, v. 86, p. 403–431, 2019.
- ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- ENDERS, Christoph. Artikel 1. *In*: STERN, Klaus; BECKER, Florian (Orgs.). **Grundrechte - Kommentar**. 3. ed. Köln: Wolters Kluwer, 2019.
- EPPING, Volker; LENZ, Sebastian; LEYDECKER, Philipp. **Grundrechte**. 8. ed. Berlin: Springer, 2019.
- ESTADÃO CONTEÚDO. **Bolsonaro veta campanha do BB marcada pela diversidade; diretor é demitido**. Exame. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/bolsonaro-veta-campanha-do-bb-marcada-pela-diversidade-diretor-e-demitido/>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. EDPS Opinion on online manipulation and personal data.
- EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT. **Big Data: Seizing Opportunities Preserving Values**. Washington: The White House, 2014.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. **Virtual Competition: A promise and perils of the algorithm driven economy**. Londres: Harvard University Press, 2016.
- FELTZ, Adam; COKELY, Edward T. Informing Ethical Decision Making. *In*: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.). **The Routledge Handbook of Neuroethics**. Nova York: Routledge, 2018.

FEREBEE, Susan; DAVIS, James. The Neural Persuasion Model: Aligning Neural Readiness, Perceived Need, and Intervention Strategies. *In*: BANG, Magnus; RAGNEMALM, Eva L. (Orgs.). **PERSUASIVE 2012**. Heidelberg: Springer, 2012, p. 181–192.

FIOCRUZ. **Conheça a história das vacinas - Bio-Manguinhos/Fiocruz || Inovação em saúde || Vacinas, kits para diagnósticos e biofármacos**. Disponível em: <<https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1738-conheca-a-historia-das-vacinas>>. Acesso em: 29 out. 2021.

FLETCHER, Winston. **Advertising: A Very Short Introduction**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

FOGG, B. J. Mass Interpersonal Persuasion: An Early View of a New Phenomenon. *In*: OINAS-KUKKONEN, Harri; HASLE, Per; HARJUMAA, Marja; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2008**. Cham: Springer, 2008, p. 23–34.

FOGG, B. J. **Persuasive Technology: Using Computers to Change What We Think and Do**. San Francisco: Morgan Kaufman Publishers, 2003.

FOGG, B. J.; ECKLES, Dean. The Behavior Chain for Online Participation: How Successful Web Services Structure Persuasion. *In*: KORT, Yvone D.; IJSSELSTEIJN, Wijnand; MIDDEN, Cees; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2017**. Cham: Springer, 2007, p. 199–209.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Após impeachment, São Paulo tem noite de confrontos em protesto | Folha de S.Paulo**. Disponível em: <<https://aovivo.folha.uol.com.br/2016/05/25/5015-m.shtml>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

FRANCO, Marcelo. **Top 20: veja as contas mais seguidas nas redes sociais em 2019**. TechTudo. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/03/relatorio-divulga-top-20-contas-mais-seguidas-nas-redes-sociais-em-2019.ghtml>>. Acesso em: 29 out. 2021.

FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (Orgs.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. **The Journal of Philosophy**, v. 68, n. 1, p. 5–20, 1971.

FRAZÃO, Ana. Proteção de dados e democracia: a ameaça da manipulação informacional e digital. *In*: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TASSO, Fernando Antonio (Orgs.). **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 739–762.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. **Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.). **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRAZÃO, Ana; GOETTENAUER, Carlos. Black box e o direito face à opacidade algorítmica. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; *et al* (Orgs.). **Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre brasil e europa**. Indaiatuba: Foco, 2021.

FRAZÃO, Ana; MÜLHOLLAND, Caitlin (Orgs.). **Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FREIRE, Carolina Djovana da Silveira. A DETERIORAÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: os efeitos do microtargeting sobre o direito à participação política. **Revista CEJ**, v. 24, n. 80, p. 106–113, 2020.

FREITAS, Rafael Véras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Orgs.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Felipe. **Dois anos da fachada: Bolsonaro mantém ferida aberta na política; entenda**. Último Segundo. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2020-09-06/dois-anos-da-fachada-bolsonaro-mantem-ferida-aberta-na-politica-entenda.html>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

FRENZ, Walter. **Handbuch Europarecht: Europäische Grundrechte**. Berlin: Springer-Verlag, 2009.

FRIEDMAN, Milton. **Essays in Positive Economics**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1984.

FRIESTAD, Marian; WRIGHT, Peter. Everyday Persuasion Knowledge. **Psychology & Marketing**, v. 16, n. 2, p. 185–194, 1999.

FRIESTAD, Marian; WRIGHT, Peter. The Persuasion Knowledge Model: How People Cope with Persuasion Attempts. **Journal of Consumer Research**, v. 21, p. 1–31, 1994.

FRITZ, Karina Nunes. **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Foco, 2021.

G1. **Atos contra a prisão de Lula e a favor da Lava Jato têm confusão entre participantes na Av. Paulista**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/07/manifestacao-contra-a-prisao-do-ex-presidente-lula-fecha-parte-da-avenida-paulista.ghtml>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

G1. **Bolsonaro ameaça jornalista: “Minha vontade é encher tua boca na porrada”**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/08/23/bolsonaro-ameaca-jornalista-minha-vontade-e-encher-tua-boca-na-porrada.ghtml>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

G1; PAULO, em São. **Manifestantes fazem maior protesto nacional contra o governo Dilma**. Política. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/manifestacoes-contra-governo-dilma-ocorrem-pelo-pais.html>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

G1 SÃO PAULO. **Militantes do PT e do PSDB entram em confronto no Centro de SP**. Eleições 2014 em São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/eleicoes/2014/noticia/2014/10/militantes-do-pt-e-do-psdb-entram-em-confronto-no-centro-de-sp.html>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAL, David; SIMONSON, Itamar. Predicting consumers' choices in the age of the internet, AI, and almost perfect tracking: Some things change, the key challenges do not. **Consumer Psychology Review**, v. 00, p. 1–18, 2020.

GALINDO, Fernando; MARCO, Javier Garcia. Freedom and the Internet: empowering citizens and addressing the transparency gap in search engines. **European Journal of Law and Technology**, v. 8, n. 2, p. 1–18, 2017.

GARRETT, Bob; HOUGH, Gerald. **Brain & Behavior**. 5. ed. Los Angeles: Sage, 2018.

GGN, Jornal. **A crítica e o lugar de fala, por Juliana Rosas**. GGN. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/cidadania/a-critica-e-o-lugar-de-fala-por-juliana-rosas/>>. Acesso em: 4 jan. 2021.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GOOGLE. **Controlar os anúncios que você vê - Android - Ajuda do Anúncios**. Disponível em: <<https://support.google.com/ads/answer/2662856?hl=pt-BR&co=GENIE.Platform%3DAndroid>>. Acesso em: 3 jul. 2022.

GOSLING, Samuel D.; RENTFROW, Peter; SWANN JR., William B. A very brief measure of the Big-Five personality domains. **Journal of Research in Personality**, v. 37, p. 504–528, 2003.

GREENFIELD, Susan. **A Day in the Life of the Brain**. Londres: Penguin Books, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GROSSMAN, Randi Prilluck; TILL, Brian D. The Persistence of Classically Conditioned Brand Attitudes. **Journal of Advertising**, v. 27, n. 1, p. 23–31, 1998.

- GROTH, Arndt; ZAWADZIKI, Viktor. Granularity Creates Added Value for Every Objective. *In: BUSCH, Oliver (Org.). **Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time.*** Cham: Springer, 2016.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.*** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade.** São Paulo: Unesp, 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.** 7. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Moral Consciousness and Communicative Action.** Maldon: Polity Press, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung.** Frankfurt: Suhrkamp, 1995.
- H AidAR, Daniel. **Protesto contra o impeachment termina em confronto em São Paulo.** epoca.globo.com. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/08/protesto-contra-o-impeachment-termina-em-confronto-em-sao-paulo.html>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- HALKO, Sajanee; KIENZ, Julie A. Personality and Persuasive Technology. *In: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.). **PERSUASIVE 2010.*** Berlin: Springer-Verlag, 2010.
- HAM, Chang-Dae; NELSON, Michelle R. The Reflexive Persuasion Game: The Persuasive Knowledge Model. *In: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.). **Advertising Theory.*** 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.
- HAMARI, Juhoo; KOIVISTO, Jonna; PAKKANEN, Tuomas. Do Persuasive Technologies Persuade? - A Review of Empirical Studies. *In: SPAGNOLLI, Anna; CHITTARO, Luca; GAMBERINI, Luciano (Orgs.). **PERSUASIVE 2014.*** Heidelberg: Springer, 2014, p. 118–136.
- HAN, Byung-Chul. **In The Swarm.** Cambridge: The MIT Press, 2017.
- HÄNSSEL, Christopher. The Impact of Microtargeting on Consciousness. 2022. Disponível em: <https://easychair.org/publications/preprint_english/vZR5>. Acesso em: 28 jun. 2022.
- HARARI, Yuval Noah. **21 Lessons for the 21st Century.** Nova York: Spiegel & Grau, 2018.
- HARDCASTLE, Valerie Gray. My Brain Made Me Do It? Neuroscience and Criminal Responsibility. *In: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.). **The Routledge Handbook of Neuroethics.*** Nova York: Routledge, 2018.

- HELBERGER, Natali. Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2728717>. Acesso em: 27 fev. 2021.
- HEUN, Thomas. **Werbung**. Wiesbaden: Springer Gabler, 2017.
- HILDEBRANDT, Mirelle. Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 252–273, 2018.
- HILGENDORF, Eric. Menschenrechte, Menschenwürde, Menschenbild. In: HILGENDORF, Eric; JOERDEN, Jan C. (Orgs.). **Handbuch Rechtsphilosophie**. Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, 2017.
- HINDMAN, Matthew. **The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- HOCH, Stephen; LOEWENSTEIN, George F. Time-inconsistent Preferences and Consumer Self-Control. **Journal of Consumer Research**, v. 17, p. 492–507, 1991.
- HORN, Hans-Detlef. Artikel 2. In: STERN, Klaus; BECKER, Florian (Orgs.). **Grundrechte - Kommentar**. 3. ed. Köln: Wolters Kluwer, 2019.
- HORWOOD, Sharon; KLAS, Anna; HOOLEY, Merylyn; *et al.* **Personality Psychology**. Melbourne: Pearson, 2020.
- HOU, Yubo; XIONG, Dan; JIANG, Tonglin; *et al.* Social media addiction: Its impact, mediation, and intervention. **Journal of Psychosocial Research on Cyberspace**, v. 13, n. 1, 2019.
- HUFEN, Friedhelm. **Staatsrecht**. 8. ed. Munique: C. H. Beck, 2020.
- HYMAN, Dadvid A.; FRANKLYN, David; YEE, Calla; *et al.* Going Native Can Consumers Recognize Native Advertising? Does it Matter? **Yale Journal of Law & Technology**, v. 19, p. 79–112, 2017.
- IBGE. **Educação | Educa | Jovens - IBGE**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>. Acesso em: 31 out. 2021.
- IDEA. **Digital Microtargeting: Political Party Innovation Primer 1**. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2018.
- IENCA, Marcello; ADORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 1, .
- INSTITUTO DE MATEMÁTICA, ESTATÍSTICA E COMPUTAÇÃO CIENTÍFICA. A primeira medição do raio da Terra – Derivando a matemática. Disponível em:

<<http://www.ime.unicamp.br/~apmat/a-primeira-medicao-do-raio-da-terra/>>. Acesso em: 29 out. 2021.

JEHLE, Geoffrey A.; RENY, Philip J. **Advanced Microeconomic Theory**. 3. ed. Harlow: Pearson, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. Nova York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAISER, Brittany. **Targetd: The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again**. New York: HarperCollinsPublishers, 2019.

KANDEL, Eric R. **The Disordered Mind: What Unusual Brains Tell Us About Ourselves**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

KANDEL, Eric R.; KOESTER, John D.; MACK, Sarah H.; *et al.* **Principles of Neural Science**. 6. ed. New York: McGraw Hill, 2021.

KANE, Robert. **A Contemporary Introduction to Free Will**. Nova York: Oxford University Press, 2005.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2017.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. 18. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 2017. (Werkeausgabe).

KAPTEIN, Maurits. **Persuasion profiling: how the internet knows what makes you tick**. Amsterdam: Business Contact Publishers, 2015.

KAPTEIN, Maurits; ECKLES, Dean. Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling. *In*: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.). **PERSUASIVE 2010**. Berlim: Springer-Verlag, 2010.

KAPTEIN, Maurits; MARKOPOULOS, Panos; RUYTER, Boris de; *et al.* Personalizing persuasive technologies: explicit and implicit personalization using persuasion profiles. **Int. J. Human-Computer Studies**, v. 77, p. 38–51, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KHAN, Lina M. Sources of Tech Platform Power. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 325–334, 2018.

KIGHT, Raymond; GRAM-HANSEN, Sandra Burri. Do Ethics Matter in Persuasive Technology? *In*: OINAS-KUKKONEN, Harri; WIN, Khin Than; KARAPANOS, Evangelos; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2019**. Cham: Springer, 2019, p. 143–155.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. *In*: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- KLONICK, Kate. THE NEW GOVERNORS: THE PEOPLE, RULES AND PROCESSES GOVERNING ONLINE SPEECH. *Harvard Law Review*, v. 131, p. 1598–1670, 2018.
- KOBAYASHI, Akihiro; ISHIKAWA, Yuichi; MINAMIKAWA, Atsunori. A Study on Effect of Big Five Personality Traits on Ad Targeting and Creative Design. *In: OINAS-KUKKONEN, Harri; WIN, Khin Than; KARAPANOS, Evangelos; et al (Orgs.). PERSUASIVE 2019*. Cham: Springer, 2019, p. 257–269.
- KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação Personalizada**. São Paulo: Almedina, 2021.
- KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *PNAS*, v. 110, n. 15, p. 5802–5805, 2013.
- KRUSE, Lenelis. Personele und interpersonale Sphären und Grenzen der Person. *In: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.). Persönlichkeit, Familie, Eigentum*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987.
- LAMPE, Ernst-Joaquim. Persönlichkeit, Persönlichkeitssphäre, Persönlichkeitsrecht. *In: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.). Persönlichkeit, Familie, Eigentum*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987.
- LATZEL, Clemens. **Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie**. Berlin: Springer, 2020.
- LAVIGNE, Mathieu. Strengthening ties: The influence of microtargeting on partisan attitudes and the vote. *Party Politics*, v. 27, n. 5, p. 965–976, 2021.
- LAZER, David; BAUM, Matthew; BENKLER, Yochai; *et al*. The Science of Fake News. *SCIENCE*, v. 359, n. 6380, p. 2–4, 2018.
- LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de Direito Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- LIMBERGER, Têmis. Informação em rede: uma comparação da lei brasileira de proteção de dados pessoais e o regulamento geral de proteção de dados europeu. *In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Orgs.). Direito digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.
- LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. 8. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 2020.
- LUHMANN, Niklas. **Einführung in die Systemtheorie**. 2. ed. Heidelberg: Carl-Auer Systeme Verlag, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUNGU, Nansi. The Limits and the Ethics of Consumer Profiling. *In: THOMAS, Andrew R.; POP, Nicolae Alexandru; IORGA, Ana Maria; et al (Orgs.). Ethics and Neuromarketing*. Cham: Springer, 2017.

- MALTEZ, Rafael Tocantins. **Direito do consumidor e publicidade: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar**. Curitiba: Juruá, 2011.
- MANHEIM, Karl; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **Yale Journal of Law & Technology**, v. 21, p. 106–188, 2019.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. **Cien años de soledad**. Barcelona: Contemporánea, 2014.
- MARSDEN, Chris. Prosumer Law and Network Platform Regulation: The Long View Towards Creating OffData. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 376–398, 2018.
- MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Orgs.). **Direito Digital: direito privado e internet**. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.
- MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016.
- MARWICK, Alice E. Why Do People Shares Fake News? A Sociotechnical Model of Media Effects. **Georgetown Law Technology Review**, v. 2, n. 2, p. 474–512, 2018.
- MASSON, Cléber. **Direito penal: parte especial (arts. 121 a 212)**. 15. ed. São Paulo: Método, 2022.
- MASSON, Cléber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Método, 2022.
- MATOS, Caio. **Veja o que diz o PL das Fake News sobre a remuneração de conteúdos jornalísticos nas redes sociais**. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/veja-o-que-diz-o-pl-das-fake-news-sobre-a-remuneracao-de-conteudos-jornalisticos-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: 19 maio 2023.
- MATZ, S. C.; KOSINSKI, Michal; NAVE, G.; *et al.* Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion. **PNAS**, v. 114, n. 48, p. 12714–12719, 2017.
- MCCRAE, Robert R. The Five-Factor Model of Personality: Consensus and Controversy. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MELE, Alfred R. **Free: Why Science Hasn't Disproved Free Will**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- MELHADO, Felipe; RABOT, Jean-Martin. Análise de Sentimentos: Da Psicométrica à Psicopolítica. **Comunicação e Sociedade**, v. 39, p. 101–118, 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; ZAVAGLIA, Alexandre (Orgs.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *In*: DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O supremo tribunal federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MILL, John Stuart. **On Liberty**. New Haven: Yale University Press, 2003.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MIRAGEM, Bruno; MADALENA, Juliano. Art. 7º. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura (Orgs.). **Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais**. Indaiatuba: Foco, 2022.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial: direito de personalidade, direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: proteção e promoção da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016.
- NARITA, Tatsuya; KITAMURA, Yaushiko. Persuasive Conversational Agent with Persuasion Tactics. *In*: PLOUG, Thomas; HASLE, Per; OINAS-KUKKONEN, Harri (Orgs.). **PERSUASIVE 2010**. Berlim: Springer-Verlag, 2010.
- NASCIMENTO, Sandro. **Record atinge prejuízo de meio bilhão de reais em 2022**. NaTelinha. Disponível em: <<https://natelinha.uol.com.br/colunas/coluna-do-sandro/2023/05/09/record-atinge-prejuizo-de-meio-bilhao-de-reais-em-2022-197096.php>>. Acesso em: 19 maio 2023.
- NEIVA, Lucas. **PT e Psol confirmam a não participação em atos de 12 de Setembro**. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/pt-e-psol-confirmam-a-nao-participacao-em-atos-de-12-de-setembro/>>. Acesso em: 31 out. 2021.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: Parte Geral do Código Civil e Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- NEWSON, Lesley; RICHERSON, Peter J. **A Story of Us: A new look to human evolution**. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- NORONHA, Fernando. O NEXO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL. **Revista dos Tribunais**, v. 816, p. 733–752, 2003.
- NORTH, Douglass C. Institutions. **The Journal of Economic Perspective**, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- OECD. Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers.
- O'KEEFE, Daniel J. **Persuasion: Theory and Research**. 3. ed. Los Angeles: Sage, 2016.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

- OLIVEIRA, Carlos Manuel de. **Marketing pós-digital: o marketing à medida do ser humano**. Lisboa: Actual, 2019.
- OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio. O legítimo interesse. *In*: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Orgs.). **O legítimo interesse e a LGPD**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. Nova York: Crown, 2016.
- ORJI, Rita; MANDRYK, Regan L.; VASSILEVA, Julita. Gender, Age, and Responsiveness to Cialdini's Persuasion Strategies. *In*: MACTAVISH, Thomas; BASAPUR, Santosh (Orgs.). **PERSUASIVE 2015**. Heidelberg: Springer, 2015, p. 147–159.
- ORTEGA, Rodrigo. **Eleição abala grupos de amigos e famílias no WhatsApp; veja histórias e dicas para lidar com discórdias**. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/04/eleicao-abala-grupos-de-amigos-e-familias-no-whatsapp-veja-historias-e-dicas-para-lidar-com-discordias.ghtml>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- O'SHEA, Michael. **The brain: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- PASSINGHAM, Richard. **Cognitive Neuroscience: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin. Allgemeines Persönlichkeitsrecht oder Schutz der Persönlichkeitsrechte? *In*: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.). **Persönlichkeit, Familie, Eigentum**. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PERLOFF, Richard M. **The Dynamics of Persuasion**. Nova York: Routledge, 2010.
- PERUGINI, Marco; RICHTER, Juliette; COSTANTINI, Giulio. Personality and the Unconscious. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- PETTY, Richard; BRINOL, Pablo. The Elaboration Likelihood Model. *In*: **Handbook of Theories of Social Psychology**. Londres: Sage, 2012, v. 1.
- PETTY, Richard; CACIOPPO, John. **Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change**. New York: Springer-Verlag, 1986.
- PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, Debiasing and the Law. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Orgs.). **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- PINK, Thomas. **Free Will: A Very Short Introduction**. Nova York: Oxford University Press, 2004.
- POTEMKOWSKI, Andrezej. Neurobiology of Decision-Making: Methodology in Decision-Making Research. Neuroanatomical and Neurobiochemical Fundamentals. *In*: NERMEND, Kesra; LATUSZYRÍSKA, Malgorzata (Orgs.). **Neuroeconomic and Behavioral Aspects of Decision Making**. Cham: Springer, 2017.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- PRUMMER, Anja. Micro-targeting and polarization. **Journal of Public Economics**, v. 188, 2020.
- RAAD, Boele de; BARELDS, Dick P. H. Models of Personality Structure. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- RAMOS, André Santa Cruz. Art. 170. *In*: EQUIPE FORENSE (Org.). **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RAVACHE, Guilherme. **Opinião: Guilherme Ravache - Anitta “trapaceou” no Spotify tanto quanto outros grandes artistas**. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/splash/colunas/guilherme-ravache/2022/04/17/anitta-trapaceou-no-spotify-tanto-quanto-outros-grandes-artistas.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2022.
- REISENZEIN, Rainer; HILDEBRANDT, Andrea; WEBER, Hannelore. Personality and Emotion. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete: Quali i diritti, quali i vincoli**. Roma: Laterza, 2014.
- RODRÍGUEZ, Candido Paz-Ares; ÁGUILA-REAL, Jesús Alfaró. Artículo 38. *In*: FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo; BAAMONDE, María Emilia Casas (Orgs.). **Comentarios a la Constitución Española**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2018, v. 1.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Livre arbítrio e Direito Penal: Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução da dogmática**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas Abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ROSENFELD, Evan. How to Build a Persuasive Web Application. *In*: OINAS-KUKKONEN, Harri; HASLE, Per; HARJUMAA, Marja; *et al* (Orgs.). **PERSUASIVE 2008**. Cham: Springer, 2008, p. 241–244.

- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Código Civil Comentado**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Leis Civis Comentadas**. Salvador: JusPodivm, 2022.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Parte geral e LINDB**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Tratado de Derecho de las Personas**. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- ROSSI FILHO, Renato. O legítimo interesse e o comércio eletrônico no brasil. *In*: OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (Orgs.). **O legítimo interesse e a LGPD**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. **Publicidade e liberdade de expressão: a defesa do direito de anunciar**. Curitiba: Juruá, 2019.
- SACHS, Michael. **Verfassungsrecht - Grundrechte**. 3. ed. Berlin Heidelberg: Springer, 2017.
- SACIO, Juan Manuel Sosa. Artículo 2. *In*: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.). **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**. 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1.
- SALLIS, Hannah M.; SMITH, George Davey; MUNAFO, Marcus R. Genetics of Personality. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão: 38 estratégias**. Petrópolis: Vozes, 2017.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos de Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; *et al*. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

- SCHWALBACH, José Gaspar. **Direito Digital**. Coimbra: Almedina, 2021.
- SEARLE, John R. **Freedom and Neurobiology: Reflections on Free Will, Language, and Political Power**. Nova York: Columbia University Press, 2007.
- SEARLE, John R. **Mind: A Brief Introduction**. New York: Oxford University Press, 2004.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. Artículo 1. *In*: CAMACHO, Walter Gutiérrez (Org.). **La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo**. 3. ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, v. 1.
- SHALDERS, André. Denunciado cinco vezes e alvo de dez inquéritos, Michel Temer vê Justiça acelerar ações. **BBC News Brasil**, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47751869>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- SICHES, Luis Ricasens. **Tratado General de Filosofía Del Derecho**. 19. ed. México: Editorial Porrúa, 2008.
- SILVA, Gabriel Souza da. **O caso Cambridge Analytica: distorções na comunicação política e retração da esfera pública em arenas discursivas digitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Edusp, 2021.
- SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **Práticas mercantis no direito do consumidor**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- SMIDS, Jilles. The Voluntariness of Persuasive Technology. *In*: BANG, Magnus; RAGNEMALM, Eva L. (Orgs.). **PERSUASIVE 2012**. Heidelberg: Springer, 2012, p. 123–132.
- SMYRNAIOS, Nikos. **Internet Oligopoly: The Corporate Takeover of Our Digital World**. Londres: Emerald, 2018.
- SOLER, Manuel Barreto. Artículo 16. *In*: SOLER, Manuel Barreto; ANZOLA, Libardo Sarmiento (Orgs.). **Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas**. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1997.
- SOMAN, Dilip. **The Last Mile: Creating Social and Economic Value from Behavioral Insights**. Toronto: University of Toronto Press, 2012.
- SOMMAGGIO, Paolo; MAZZOCA, Marco; GEROLA, Alessio; *et al.* Cognitive Liberty: A first step towards a human neuro-rights declaration. **BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto**, n. 3, p. 24–45, 2017.

- SORJ, Bernardo; CRUZ, Francisco Brito; SANTOS, Maíke Wile dos; *et al.* **Sobrevivendo nas Redes - Guia do Cidadão**. [s.l.: s.n.], 2018. (Ensaio Democracia Digital, 3).
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte especial: Arts. 155 a 234 - B do CP**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STUCKEY, Daniel. The People Waiting in Line for a New iPhone Don't Know What They're Waiting For, or How Long. Disponível em: <<https://www.vice.com/en/article/wnje89/next-iphone-already-has-a-line>>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- SUNDAR, S. Shyam; XU, Qian; DOU, Xue. The Role of Technology in Online Persuasion: A MAIN Model Perspective. *In*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.). **Advertising Theory**. 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.
- SUNSTEIN, Cass R. **Choosing not to choose: Understanding the Value of Choice**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- SUNSTEIN, Cass R. **Conformity: The Power of Social Influences**. New York: New York University Press, 2019.
- SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- SUNSTEIN, Cass R. **Too Much Information: Understanding What You Don't Want to Know**. Cambridge: MIT, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- THALER, Richard. **Misbehaving: The Making of Behavioral Economics**. [s.l.]: W. W. Norton & Company, 2015.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**. Nova York: Penguin Books, 2009.

- THORSON, Esther; ROGERS, Shelly. Advertising Theory in the Digital Age. *In*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.). **Advertinsing Theory**. 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.
- TRINDADE, Rodrigo. **O que é a Lei de Moore e por que você deve se preocupar com o fim dela**. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/01/29/o-que-e-a-lei-de-moore-e-porque-voce-deve-se-preocupar-com-o-fim-dela.htm>>. Acesso em: 4 mar. 2022.
- TUROW, Joseph. **The Daily You: How the New Advertising Industry is Defining Your Identity and Your Worth**. New Haven: Yale University Press, 2011.
- TWITTER. **Suas opções de privacidade para anúncios personalizados | Ajuda do Twitter**. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/safety-and-security/privacy-controls-for-tailored-ads>>. Acesso em: 3 jul. 2022.
- VAINZOF, Rony. Art. 2º. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Orgs.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- VALENTE, Rubens. **Rubens Valente - Relatório do governo separa em grupos jornalistas e influenciadores**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/12/01/governo-bolsonaro-jornalistas-redes-sociais.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- VARIAN, Hal R. **Intermediate Microeconomics: A modern approach**. 9. ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2014.
- VARNALI, Kaan. Online behavioral advertising: An integrative review. **Journal of Marketing Communications**, 2019.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2019.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Código Civil Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2022.
- VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; *et al* (Orgs.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- WAINBERG, Jacques Alkalai; MÜLLER, Angelo Arlindo Carnieletto. ELEIÇÕES 2.0: ÓDIO NAS REDES DURANTE A CAMPANHA PRESIDENCIAL DE 2014. **Conexão – Comunicação e Cultura**, v. 16, n. 31, p. 43–71, 2017.

- WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- WEISS, Alexander; DEARY, Ian J. The Trait Approach. *In*: CORR, Philip J.; MATTHEWS, Gerald (Orgs.). **The Cambridge Handbook of Personality Psychology**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- WINKLER, Roland. **Die Grundrechte der Europäischen Union**. Viena: Springer-Verlag, 2006.
- WÓLPE, Paul Root. Neuroprivacy and Cognitive Liberty. *In*: JOHNSON, L. Syd M.; ROMMELFANGER, Karen S. (Orgs.). **The Routledge Handbook of Neuroethics**. Nova York: Routledge, 2018.
- WOOD, Allen W. Coercion, Manipulation, Exploitation. *In*: COONS, Christian; WEBER, Michael (Orgs.). **Manipulation: theory and practice**. New York: Oxford University Press, 2014.
- WÜRTENBERGER, Peter; MÜNSTERMANN, Holm. Programmatic Disruption for Premium Publishers. *In*: BUSCH, Oliver (Org.). **Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-Driven Marketing in Real-Time**. Cham: Springer, 2016.
- YAHYA, Hanna. **Jornais no 1º semestre: impresso cai 7,7% e digital tem alta tímida**. Poder360. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/jornais-no-1o-semester-impresso-cai-77-e-digital-tem-alta-timida/>>. Acesso em: 19 maio 2023.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral Law and Economics**. Nova York: Oxford University Press, 2018.
- ZAROUALI, Brahim; DOBBER, Tom; DE PAW, Guy; *et al.* Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media. **Communication Research**, p. 1–26, 2020.
- ZHENG, Lu; PHELPS, Joseph E; PIMENTEL, Daniel. Psychological Transportation in Narrative Advertising. *In*: ROGERS, Shelly; THORSON, Esther (Orgs.). **Advertising Theory**. 2. ed. Nova York: Routledge, 2019.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZIPPELIUS, Reinhold. Konkretisierungen des Persönlichkeitsrechts in der neueren Verfassungsentwicklung. *In*: LAMPE, Ernst-Joaquim (Org.). **Personlichkeit, Familie, Eigentum**. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1987.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a human future at the new frontier power.** Nova York: PublicAffairs, 2019.