

ACEITABILIDADE DO *NUDGING*: A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA MULTIDIMENSIONAL

Nicolo Zingales

Professor e pesquisador da FGV Direito Rio, no Centro de Tecnologia e Sociedade. Coordenador do Núcleo de Estudos em E-commerce da FGV Direito Rio. Advogado. Doutor em Direito Internacional da Economia pela Universidade Bocconi. Mestre em Direito pela Università degli Studi di Bologna.

Erica Bakonyi

Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra. Especialista em “Licitações e Contratos Administrativos”, pela Uniseb. Pesquisadora pela FGV Direito Rio, no Centro de Tecnologia e Sociedade. Advogada e DPO-as-a-service, com atuação em projetos de adequação às legislações de privacidade e proteção de dados. Mentora na área de proteção de dados (“LGPD e Compliance”) na AB2L.

Resumo: Com a ascendência da inteligência artificial, acompanhada pelo aumento de decisões automatizadas com impacto direto na esfera de direitos e liberdades dos indivíduos, torna-se fundamental assegurar a preservação da autonomia desses em respectivas interações, tanto de mercado, quanto inter-relacionais de natureza social. Embora já exista uma discussão robusta na literatura de regulação sobre o potencial impacto da arquitetura de escolha sobre o processo decisório individual, o debate das implicações legais do uso massivo de dados e dos algoritmos para personalizar a estratégia aplicada ao *nudge* permanece ainda embrionário. Nesse contexto, objetiva-se providenciar parâmetros para delimitar o âmbito de influência permitida nas escolhas do indivíduo, bem como indicar a medida na qual tais métricas poderiam ser efetivadas na aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. Destacar-se-ão as recentes propostas legislativas sobre a matéria e refletir-se-á sobre as possibilidades de viabilizar um controle adequado sobre as formas de interferência indevida nas decisões de pessoas vulneráveis.

Palavras-chave: *Nudge*. Arquitetura de escolha. Vulnerabilidade. Proteção de dados pessoais. Decisões automatizadas.

Sumário: **1** Introdução – **2** Legitimidade do *nudging*: promessas e limitações da tutela consumerista – **3** Ferramentas da proteção dos dados pessoais para proteção da autonomia nos *nudges* – **4** A emergência de legislação específica sobre manipulação – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Com a ascendência da inteligência artificial, que é acompanhada pelo aumento de decisões automatizadas com impacto direto na esfera de direitos e

liberdades dos indivíduos, torna-se fundamental assegurar a preservação da autonomia destes em respectivas interações, tanto de mercado, quanto inter-relacionais de natureza social. Sabidamente, a proteção da autonomia individual não é um objetivo novo no mundo jurídico. No contexto brasileiro, é regra, antes de tudo, garantida pela Constituição Federal como emanção da dignidade que dá fundamento a uma série de direitos e liberdades fundamentais: a Carta Suprema afirma e enfatiza as liberdades pessoais em ruptura com o modelo ditatorial intervencionista (BARROSO; MARTEL, 2012), oferecendo respaldo à liberdade da pessoa de tomar decisões sobre os aspectos mais relevantes da sua existência (SARLET, 2009). De forma mais particularizada, em seara específica, a autonomia de escolha no mercado é promovida pelo direito econômico, que visa assegurar não apenas a disponibilidade de uma variedade de produtos e serviços, mas também a capacidade de escolha efetiva do consumidor. De fato, um dos pilares que orienta a atuação das autoridades públicas nas políticas de concorrência e de consumo é a preservação da soberania dos consumidores, entendida como “o poder de definir próprios desejos e a oportunidade de satisfazer esses desejos por preços que não sejam amplamente em excesso dos custos incorridos pelos produtores de bens e produtos relevantes” (LANDE; AVERITT, 1997). Contudo, o modelo utilizado no regime de proteção dos direitos dos consumidores pode resultar inadequado para assegurar essa autonomia na sociedade atual, caracterizada por tamanha abundância de informação e pela posição de gargalo dos intermediários tecnológicos das nossas interações – sejam os *app stores* e as plataformas digitais de hoje, o número crescente de assistentes virtuais ou as futuras aplicações de inteligência artificial. A posição estratégica desses intermediários de negócios e interações sociais oferece a oportunidade de definir a chamada “arquitetura de escolha” dos usuários, ou seja, a forma na qual as escolhas são apresentadas aos indivíduos – como exemplo, cita-se o número de opções disponíveis ou facilmente visualizáveis, a forma em que essas opções são descritas e a existência de uma opção por padrão.

Embora já exista uma discussão robusta na literatura de regulação sobre o potencial impacto da arquitetura de escolha sobre o processo decisório dos indivíduos, o debate das implicações legais do uso massivo de dados e dos algoritmos para personalizar tal diagramação apta a influenciar o público-alvo da ação, permanece ainda embrionário (YEUNG, 2017; LANZING, 2019). Nesse contexto, pretende-se, pelo presente ensaio, a partir de uma revisão bibliográfica e legislativa, explorar os mecanismos existentes para regulamentar a prática supracitada (*nudge*) e analisar a respectiva eficácia em face daquelas que forem ilícitas. Para tal, inicialmente, na seção 2, explorar-se-ão conceitos fundamentais e debruçar-se-á sobre alguns aspectos da estrutura estabelecida para proteção do consumidor, observando o seu impacto sobre a arquitetura de escolha. Na sequência, na seção 3, far-se-á estudo

similar e reflexo sobre as estratégias e os instrumentos prescritos na norma de proteção de dados (principalmente nacional e, por vezes, europeia) aplicados naquelas técnicas persuasivas ou de manipulação da vontade para, enfim, na seção 4, investigar e criticar a produção normativa específica (propostas de lei) existente sobre a matéria e refletir acerca das possibilidades de viabilizar um controle adequado sobre as formas de influência indevida nas decisões de pessoas vulneráveis. Ambiciona-se, por esta contribuição, providenciar parâmetros para delimitar o âmbito de influência permitida nas escolhas do indivíduo, bem como indicar a medida na qual tais métricas poderiam ser efetivadas pela aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

2 Legitimidade do *nudging*: promessas e limitações da tutela consumerista

Os indivíduos são seres gregários. Seja no contexto público, seja no privado, existe uma gama de mecanismos e ferramentas dispostos para a reestruturação e a reorganização de padrões sociais e comportamentais.¹ Neste artigo, explora-se a conceituação de *nudging*. Pela tradução da expressão, *nudge* pode ser entendido como “influência”, “estímulo”, “incentivo moderado” ou “empurrãozinho”. Trata-se essencialmente de construção que se ampara nas conclusões provenientes da economia comportamental, portanto, na premissa de que as pessoas possuem racionalidade limitada e, destarte, a título ilustrativo, são incapazes de assimilar e absorver todas as informações, estão suscetíveis à maneira como as coisas lhes são apresentadas, preocupam-se mais com as perdas do que com os ganhos, e assim sucessivamente. Os estudos de economia comportamental habitualmente identificam esses vieses intrínsecos na natureza humana e, no cenário atual, por intermédio de *big data* e *data analytics*, a expectativa é a possibilidade de se descobrir milhares de nuances comportamentais e analisá-las de forma granular, indivíduo por indivíduo (CALO, 2014). Cientes de que algumas técnicas são capazes de alterar vieses cognitivos e, por conseguinte, volitivos, elenca-se exemplificativamente a quantidade ou a qualidade da informação ofertada em

¹ Nesse sentido, cita-se: (a) incentivos econômicos substanciais, como a concessão de percentuais de desconto para pagamentos à vista ou a previsão de multas para pagamentos após vencimento de faturas e boletos, ou o bônus para atingimento de metas no contexto empresarial; (b) políticas coercitivas, como, por exemplo, a imposição de sanções administrativas ou criminais; (c) ações afirmativas, compreendidas como políticas compensatórias tais quais a instituição de cotas raciais para ingresso em universidades públicas ou feminina em partidos políticos; e (d) empurrõeszinhos (chamados “nudges”) para incentivar determinadas escolhas, por exemplo a partir da divulgação de informações ou da simplificação de processos.

determinados contextos, o modo de apresentação ou de disposição espacial (em ambientes físico ou digital) da informação ou do produto, e os lembretes cíclicos e oportunos. Por óbvio, aspectos individuais – como *background* cultural, educação formal, autoestima, senso de pertencimento a grupos identitários – tornarão as pessoas mais ou menos vulneráveis aos métodos de *nudge*. Entretanto, insta salientar que na Era Digital, na qual se está sujeito à captura massiva de dados (concedidos ou não voluntariamente), em alta velocidade e variedade (*Big Data*), com processamentos aptos a gerar previsões cada vez mais precisas, respectivas características pessoais, conforme indicado acima, perdem certa relevância na medida em que, mesmo os mais atentos, podem ser influenciados ou até mesmo enganados e empurrados a agir em desconformidade com seus desígnios iniciais. Os cadastros *on-line*, a manifestação de interesses pessoais pelas plataformas de pesquisa, a visualização e a aquisição de bens de consumo, e até mesmo o tempo dispendido nessa visualização, as trocas de *e-mails* e mensagens instantâneas, a leitura de notícias de patrocínio político, religioso ou cultural específicos que traçam os caminhos navegados no espaço virtual, são alguns dos exemplos que corroboram a assertiva de que os dados pessoais isolados, talvez não dimensionem a potencialidade informativa, contudo, quando agrupados, permitem a identificação e a discriminação de indivíduos.

Conforme Thaler e Sunstein (2008), o conceito de *nudge* abrange qualquer aspecto da “arquitetura de escolha” que altera o comportamento das pessoas de maneira previsível sem proibir outras opções ou modificar significativamente seu incentivo econômico. Ou, ainda, em outras palavras, pela concepção de Hausman e Welch (2010), políticas de *nudging* são formas de influenciar o processo de escolha, sem limitar a gama de opções correlatas ou torná-las expressivamente mais custosas, entre outros, a título de dispêndio de tempo, problemas e sanções sociais. Note-se que a primeira definição exclui as políticas que tenham o efeito de criar um incentivo econômico substancial, enquanto a segunda considera não ser possível falar em *nudging* quando a intervenção representar efeito significativo não apenas nessa forma de incentivo, mas também na de outros tipos de inconveniências. Em compromisso com essas duas definições, filia-se à noção de que se trata de aspecto da arquitetura de escolha que orienta as pessoas em uma direção específica sem limitar ou prejudicar substancialmente a respectiva escolha. Entendendo o conceito como intervenção *suave*, pode-se excluir aquelas intervenções que – apesar de não limitar as demais opções ou gerar custos consideráveis (econômicos ou sociais) – prejudicam a capacidade deliberativa dos indivíduos, por exemplo, através de estímulo à irracionalidade.

Essa definição mais ampla reflete a essência do *nudging*: preservar a “liberdade de escolha” do indivíduo ante as opções disponíveis. Em outras palavras,

quando expostas a várias alternativas, independentemente da técnica utilizada, as pessoas sempre poderão escolher um caminho, uma ação, em detrimento de outra, sendo ou não aquela que a política pretende estimular.² Embora originalmente aplicada ao contexto público, tais intervenções “podem” e “são” implementadas no âmbito privado, por exemplo, quando empregadores aplicam a arquitetura de escolha em processos internos ou quando empresas oferecem produtos ou serviços (THALER; SUNSTEIN, 2008).

Característica que se torna evidente a partir dos exemplos supracitados, é que geralmente o *nudging* operacionaliza-se por medidas de baixo (ou nenhum) custo e de grande potencial de êxito econômico, bem como em outras áreas –

² Esses incentivos, conforme sugestão de Sunstein (2014), ao elencar os dez métodos que julga serem os mais relevantes, poderão materializar-se através de (a) regras por padrão, como inscrições automáticas a programas alimentares, de benefícios fiscais ou educacionais; (b) simplificação de processos, na medida em que a desburocratização tende a romper inércia ou procrastinação na adoção de determinados comportamentos que exijam proatividade; (c) “usos sociais”, costumes ou comportamentos a partir das expectativas do que se entende por “ideal” – vulgarmente o que se conhece por “comportamento de manada” ou “efeito manada”, em direta analogia ao comportamento animal que se reúne para proteção mútua ou fugir de predadores; (d) implementação de facilidades e conveniências, remetendo-se novamente à tendência humana de preferir ações que demandem o menor esforço, como ocorre com a disposição física de produtos saudáveis a venda de modo mais aparente e de fácil alcance – nesse sentido, ilustrativamente, rememora-se o “Portal da Transparência”, do Governo Federal brasileiro, criado pela Controladoria-Geral da União (CGU), em 2014, para que os cidadãos possam acompanhar assuntos relacionados à gestão e aos gastos públicos, que, consequentemente, permite a avaliação de desempenho e corrupção. A consolidação em ambiente único e de disposição intuitiva para a navegação, torna o processo democrático e informacional acessível ao grande público (disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/01-legislativa?ano=2018>, acesso em 12 de fevereiro de 2022); (e) divulgação das informações relevantes sobre determinados produtos ou comportamentos, tal qual a descrição da composição de produtos ou fármacos; (f) avisos, gráficos ou outros recursos, como a indicação de efeitos colaterais do consumo de bebidas alcoólicas e cigarros, de faixa etária para filmes e programas televisivos – o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve, no artigo 74: “O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”. Impõe-se aos responsáveis pelos eventos públicos a afixação, “em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição”, das informações sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação (parágrafo único do mesmo artigo), fazendo, assim, uso de uma das técnicas de *nudge* (BRASIL, 1990); ou, ainda, o caso específico da intervenção operada pelo Twitter ao enviar avisos e gerar oportunidade de revisão de mensagem com potencial conteúdo nocivo ou contrário às regras da plataforma ou pausa cogente antes do envio que, de acordo com os resultados da pesquisa, gerou uma diminuição de 31% dessas postagens em comparação com aqueles que não foram expostos à estratégia (KATSAROS *et al.*, 2021); (g) comprometimento prévio das pessoas com percursos para algum resultado fim, como o “passo-a-passo” para parar de fumar, na medida em que auxilia na organização e visão temporal do “como” e “o que” deve ser feito; (h) lembretes, como aqueles ativados em *smartphones* em conexão com as agendas eletrônicas pessoais e profissionais ou aplicativos, por exemplo, para lembrarmos de beber água; (i) provocação para algo que se pretenda implementar, por exemplo, no cenário político e sanitário, a experiência sobre a vacinação contra a COVID 19 em adultos e crianças em que se questiona a pretensão de aplicação em dependentes menores ou, no mesmo contexto, referenciando-se o perfil individual enaltecendo posturas ante o processo vacinal em outros programas nacionais; e (j) informar as pessoas sobre a natureza e as consequências de suas ações conforme dados de performances anteriores, como quando faturas de conta de luz contemplam histórico de gastos mensais e, a depender, estimular um consumo mais consciente e econômico (SUNSTEIN, 2014).

como na saúde, na educação, na proteção de dados pessoais e outros. Conforme Sunstein (2014), na maioria das vezes, objetiva-se simplificar a vida, torná-la mais segura e fácil. Ainda que assim o seja, insta salientar que, apesar das vantagens ao *nudge* – que imprime a vontade da política –, e de em um primeiro momento ter sido utilizado, ou apenas explorado cientificamente como instrumento benéfico na implementação de medidas de interesse público, a prática do *nudge* apresenta potencial lesivo e, ao invés de aclarar vieses, pode, *a contrario sensu*, gerá-los contra a vontade primária dos sujeitos passivos a ele.

Nesse sentido, reiterando-se aquilo que se disse acerca do atual contexto histórico – político-econômico –, logo, de sociedade orientada por dados (*data-driven*), deve-se alertar aos riscos inerentes ao “*nudging* algorítmico”, ou seja, às influências provocadas por soluções tecnológicas, implementadas de forma automatizada, especialmente em face da aparente objetividade e “confiança” associada a tais decisões matemáticas. Ainda mais insidioso é o fenômeno do “*Hypernudging*”, caracterizado pela personalização algorítmica em tempo real e pela reconfiguração de arquiteturas de escolha com base em grandes conjuntos de agregação de dados pessoais (YEUNG, 2017). Isso porque, ao antecipar as necessidades e estimular ações e comportamentos direcionados, a prática torna os atores passivos (consumidores, cidadãos, usuários de sistemas, outros, a depender do contexto) mais vulneráveis e expostos (LANZING, 2019), não apenas do ponto de vista comercial, mas de forma mais geral, como vulneráveis e expostos a influências políticas e sociais.³

De fato, o ponto da insidiosidade é de importância crucial para a legitimidade do *nudging*: para que haja uma diagramação positiva e, portanto, para que o *nudge* seja algo benéfico aos *nudgees* (sujeitos passivos), consoante sugestão de THALER (2015), três seriam os critérios: (a) deverá gerar ou melhorar o bem-estar dos indivíduos; (b) ser transparente e não enganoso; e (c) possibilitar desvinculação ou desvio (*opt-out*) de forma intuitiva, então, o mais simples possível. Ao estudo, a literatura especializada da área de privacidade acrescenta outro ponto importante para fins de legitimidade: antes da sua implementação, é apropriado que se garanta que a direção, a saliência e a firmeza do *nudge* sejam proporcionais aos benefícios experimentados pelos usuários no curso da ação sugerida (ACQUISTI *et al.*, 2017). Naturalmente, então, essa vantagem deverá ser considerada parte integrante dos fatores que determinarão a legitimidade da política,

³ Exemplo clássico é o sucesso do “combo”: criação de perfis pelo acesso a dados pessoais, mineração e *nudge*, nas campanhas “Leave.EU”, para o Brexit, e a presidencial de Donald Trump, em 2016. A Cambridge Analytica, filial da Strategic Communication Laboratories, liderou a atividade de inovação aplicada nas disputas políticas com o desenvolvimento dos padrões de medição das características psicológicas dos usuários (especialmente do Facebook) – pelo Centro de Psicométrica da Universidade de Cambridge –, oportunizando o fornecimento de mensagem específicas a pessoas determinadas (CASTELLS, 2018, p. 58).

ou seja, uma baliza a ser oposta ao grau de intrusão necessário para atingir o objetivo desta.

Diante da necessidade de se estruturar tal ponderação, a questão que surge é relativa às métricas e aos parâmetros para aplicação dos critérios supramencionados. Veja-se:

I – *Benefício*

Deverá a verificação de existência de benefício sobrepor-se à realidade de um indivíduo específico ou a de um grupo de indivíduos que são alvo da prática? Pensa-se não ser possível articular resposta única, padrão, por ser aplicável a plurais sistemas. Variações surgirão a depender da área de aplicação do *nudge*. Por exemplo, pela experiência do direito concorrencial, entende-se que a avaliação deve ser a do impacto dessa intervenção sobre um mercado relevante e suas consequências competitivas. Já em outros contextos, dever-se-ia aplicar uma presunção (relativa) de vulnerabilidade e avaliar o impacto da influência de forma mais particularizada, utilizando como baliza o que se entende por “homem médio”,⁴ sem olvidar dos grupos minoritários, classificados por ficção jurídica como ainda mais suscetíveis – como ocorre no direito consumerista, no trabalhista, no da criança e do adolescente⁵ –, e no da proteção de dados pessoais. Nessas circunstâncias, o indivíduo goza de limitações naquilo que se pode considerar como benefício admissível, atreladas às prerrogativas de compensação e reequilíbrio da relação, tais como as descritas direta e expressamente no texto normativo. Ainda que não se pretenda esgotar neste estudo o balizamento legal na seara consumerista, elegem-se alguns dos seus dispositivos no intuito de galgar maturidade para dar prosseguimento à reflexão que aqui se faz. Nesse sentido, elenca-se dois direitos básicos do consumidor: “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, *asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações*” (grifo nosso),⁶ e “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas

⁴ Embora o ordenamento jurídico, a doutrina ou os tribunais não disponham de padrões éticos e morais objetivos, ou que sejam ampla e socialmente aceitos acerca daquilo que se entende por “homem médio”, especialmente quando na busca pelas métricas para mensuração de danos morais, entende-se que “(...)”, deve o julgador adotar a sensibilidade ético-social do homem comum, nem muito reativa a qualquer estímulo ou tampouco insensível ao sofrimento alheio” (STJ. Terceira Turma. REsp 1.662.344/SP. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 20/3/2018. DJe: 23/3/2018). Nos mesmos termos: STJ. Terceira Turma. REsp 1.642.318/MS. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 07/2/2017. DJe: 13/2/2017.

⁵ Reconhece-se legalmente a vulnerabilidade da criança e do adolescente, identificando e impondo respeito à condição de “pessoa humana em processo de desenvolvimento”, por exemplo, pelos artigos 15 e 71, da Lei nº. 8.069, de 13 de junho de 1990 (BRASIL, 1990).

⁶ Artigo 6º, II, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.^{7 8} A partir disso, depreende-se que uma prática que consegue desviar o consumidor da sua autonomia deliberativa sem a devida ciência ou capacidade de entendimento, seria provavelmente considerada ilegal.

II – *Proporcionalidade entre o nudge e o opt-out*

Outro critério do supracitado teste diz respeito não apenas à existência de um *opt-out*, mas à facilidade do indivíduo alvo do *nudge* exercer esse *opt-out*. Hodiernamente, um dos mecanismos utilizados para avaliação da proporcionalidade de restrições a liberdades fundamentais é a o teste de proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002) – conhecido também como “Least Restrictive Means test” (SYKES, 2003) –, logo, como uma maneira de registrar se haveria ou não uma forma menos intrusiva para atingir o objetivo perseguido com uma determinada medida. Contudo, para que esse teste seja aplicado corretamente, é necessário que se compreenda a motivação da coleta de dados, o benefício aspirado, bem como a efetividade de uma determinada medida em alcançar tal objetivo. Embora com base em uma generalização que foge da análise particularista exigida no caso concreto, Baldwin (2014) propõe três graus para investigação a partir do cotejo proposto relativo à “intrusão v. eficácia”. São eles: (a) de primeiro grau, referenciando a prática de *nudge* que contempla intervenções mínimas e, por sua vez, que respeitam a autonomia decisória do indivíduo e de caráter mais racional (consequentemente, menos emocional e impulsivo). Materializa-se, por exemplo, por meio do oferecimento de informações objetivas sobre a utilização apropriada do produto; (b) de segundo grau, um pouco mais intrusiva, na medida em que explora limitações pessoais associadas à vontade e ao comportamento para direcionar àquilo que se deseja, mas ainda sem opacidade, por permitir que o alvo entenda prontamente os mecanismos aplicados – por exemplo, a declaração aderente em programa de doação de órgãos com informações claras e precisas acerca de como proceder com a desvinculação do termo (*opt-out*); por fim (c) de terceiro grau, em que não há – ou, se houver, é limitada – capacidade de perceber o processo no

⁷ Artigo 6º, IV, da Lei nº. 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

⁸ São exemplos a vedação de práticas abusivas ao fornecedor de produtos ou serviços, como se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor para compelir aquisição de seus produtos ou serviços ou exigir vantagem nitidamente excessiva (Art. 39, IV e V, do Código de Defesa do Consumidor), e a garantia de que as cláusulas contratuais serão sempre interpretadas da maneira mais favorável a ele, consumidor (Art. 47 do Código de Defesa do Consumidor) - O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº. 8.078/90, prevê como uma de suas bases principiológicas a vulnerabilidade do consumidor - art. 1º, inciso I -; dispõe sobre transparência e o direito à educação e à informação de forma clara e adequada, à facilitação da defesa de direitos, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova; contra a publicidade enganosa e abusiva; métodos comerciais coercitivos ou desleais; práticas e cláusulas abusivas, nulas de pleno direito e/ou com interpretação a interpretação mais favorável ao consumidor - arts. 6º, incisos II, III, IV e VIII; 36; 38; 39, incisos IV e V; 47; e 54, § 3º (BRASIL, 1990).

qual se está sujeito, como ocorre no manuseio de imagens vívidas e chocantes em campanhas contra o cigarro e a alimentação não saudável (consumo de *junk food*). Subtrai-se do exposto acima que, a depender do grau de intrusão do *nudge*, o *opt-out* deverá estar disponível de forma mais ou menos óbvia.

O ponto mais inovador da análise de Baldwin, porém, diz respeito à particularização desses parâmetros: o autor propõe reflexão acerca da eficácia do *nudge* perante determinados perfis de indivíduos, dividindo-os entre indivíduos bem e mal intencionados, com alta ou baixa capacidade. Por bem ou mal intencionado, faz-se referência à conformidade e ao alinhamento – ou não – com o *nudge*, respectivamente. Por capacidade, a aptidão do sujeito passivo “obter”, “receber”, “absorver” e agir de acordo com o estímulo oposto. Reproduz-se tabela com acréscimo de vetores⁹ a fim de facilitar a compreensão:

Tabela 1: Eficácia do *nudge* conforme Baldwin*

Perfis	Nudge e respectivo grau			
	Mecanismos de informação: simples informação nutricional providenciada em embalagem de produto alimentício (<i>nudge</i> de 1º Grau)	Padrão: Regime de <i>opt-out</i> adotado na doação de órgãos (<i>nudge</i> de 2º Grau)	Design: área para fumantes afastadas do ambiente de trabalho (<i>nudge</i> de 2º Grau)	Aviso: fotografias impactantes de câncer nos pulmões a fim de controlar o consumo de cigarros (<i>nudge</i> de 3º Grau)
Bem intencionado e alta capacidade	Alta	Alta	Alta	Alta
Bem intencionado e baixa capacidade	Baixa	Alta	Alta	Alta
Mal intencionado e baixa capacidade	Baixa	Alta	Média	Alta
Mal intencionado e alta capacidade	Baixa	Baixa	Baixa	Média

* Tradução nossa.

Frisa-se que, a depender da estratégia utilizada, o *nudge* terá impacto e resultados plurais. Note-se também a baixa eficácia das políticas de primeiro grau em face da grande massa, bem como daquelas de segundo, perante os indivíduos mal intencionados e com alta capacidade. A implicação disso sobre o que o direito consumerista considera como “prática abusiva”, reside na mensuração do quanto o *nudging* é intrusivo e capaz de perverter a vontade dos indivíduos.¹⁰ Dentre os

⁹ São eles “*Nudge* e respectivo grau” e “Perfis”.

¹⁰ Perante a possibilidade da aplicação da análise de Baldwin (2014) ao direito do consumidor, sugere-se novo exemplo e verifica-se o impacto. Assim, acompanhando os padrões delineados, discriminam-se os exemplos por grau: (a) pelo *nudge* de 1º grau, utiliza-se de mecanismo de informação e sugerem-se produtos que sejam similares àquele que se está visitando em *web page* com envio ou apresentação de mensagens com teor similar aos textos “pessoas que viram esse produto também gostaram”, “Talvez você goste” ou outros. Note-se: a eficácia desse instrumento é baixa; (b) pelo de 2º grau, pelo mecanismo de

exemplos arrolados no Código como conduta abusiva, cita-se o “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”; e o “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”.¹¹

III – *Transparência*

Conforme o teste de Thaler, indissociável ao *nudge* está a obrigatoriedade do quesito “transparência”, de informar adequadamente os recursos facilitadores – como “arquiteturas” e “*design*” – e as respectivas finalidades aos leigos. Nesse trilho, pode-se analisar a transparência a partir de dois vieses: pela perspectiva da prestação de contas (“*accountability*”), na qual se entende que será transparente aquela arquitetura de *nudge* em que a intenção e os meios eleitos para mudança de comportamento, inicialmente opacos, possam ser razoavelmente perceptíveis ao agente que está sendo estimulado pela intervenção (HANSEN; JESPERSEN, 2013); e, pela perspectiva deliberativa, que contempla dois cenários – sistemas – possíveis que se distanciam ante a métrica da capacidade de escolha que poderá ser maior/melhor ou menor/pior, a depender do grau das nuances influentes – que, por óbvio, são concomitantes. Veja-se. O primeiro, identificado como “*System 1*”,¹² relacionado ao “impulso” e, portanto, às experiências avaliadas como “rápidas”, “automáticas”, “sem esforço”, “associativas”, “intuitivas” ou “passionais”; e, o segundo, “*System 2*”, de caráter “mais racional” e, por conseguinte, remetendo as experiências que sejam “mais lentas”, “serial”, “exigente/que demande esforço”, “calculista” e “deliberadamente controlada”. Diante da vulnerabilidade presumida do agente passivo, sobreleva-se princípio básico a partir da lógica de que, quanto mais um *nudge* possa substituir a capacidade de escolha consciente e clara daquele, maior a necessidade – e obrigatoriedade – de se ofertar alerta ou informe visível, completo e simples, não sendo satisfatória apenas a menção prévia da ação de influência.

O diploma consumerista prescreve em diversos contextos a importância da informação como ferramenta na proteção do consumidor. A transparência aparece

simplificação, o *nudger* aproveita-se de uma informação, por exemplo, o fim de uma viagem do usuário de aplicativo de transporte privado, “carona”, por exemplo, entre os trajetos do aeroporto e a sua casa, para propor a compra de uma pizza de restaurante próximo àquele local. Apesar da simplicidade da estratégia eleita, ela pode ainda ser bastante eficaz; e, por último, (c) pelo de 3º grau, indica-se alerta em aplicativos de namoro *on-line* concernente aos riscos da prática de atos sexuais sem o uso de preservativos, na tentativa de promover a venda de determinada marca de camisinha. Figura-se também como estratégia eficaz. Identificada a eficácia e capacidade de estimular comportamentos que eventualmente divirjam da vontade inicial do consumidor, passar-se-ia à análise de sua intrusão na esfera individual deste e, conseqüentemente, do nível de abusividade do *nudge* – que variará conforme cada caso.

¹¹ Artigo 39, IV e V, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹² Expressões subtraídas da teorização da economia comportamental.

com critérios mais ou menos rígidos a depender da desproporção existente entre os polos da relação como, por exemplo, quando envolvendo menores de idade;¹³ no contexto da oferta de crédito, quando direcionada ao consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada;¹⁴ ou, tratando-se de crime, deduzindo-se da consideração como agravante, quando for ainda em detrimento de operário ou rurícola e “pessoas com deficiência mental interdidas ou não”.¹⁵

Para além da análise desses três critérios em face do regime consumerista, convém elencar outros dispositivos legais aptos a restringir o *nudge* ilegítimo. São eles: (a) o processo de reclamação administrativa ou judicial simplificada,¹⁶ individual ou coletiva,¹⁷ em alguns casos, gratuita;¹⁸ (b) de ferramenta processual de inversão do ônus da prova;¹⁹ (c) de responsabilização solidária de toda a cadeia de fornecedores de serviços ou produtos²⁰ o que, para além de aumentar as chances de ressarcimento de danos, pode gerar uma gestão e controle entre parceiros comerciais, sem a necessidade da intervenção estatal; e, por fim, (d) de prevenção e tratamento ao superendividamento.²¹

Todavia, apesar dos mecanismos enumerados acima, insta asseverar que se considera o Código de Defesa do Consumidor incapaz de proteger contra o *nudge* por uma série de razões. Primeiramente, visto que suas métricas e técnicas de controle são aplicadas somente *ex post*, e não preventivamente: não há, por exemplo, a imposição de realização de qualquer estudo ou teste de proporcionalidade antes da aplicação do *nudge*, de registro e de estruturação de avisos ou respostas aos consumidores. Ademais, uma das limitações do CDC é a sua aplicação somente às relações de consumo (e, portanto, não aos *nudges* inclinados a influenciar escolhas que não sejam de natureza comercial) e o entendimento que isso abrange apenas situações nas quais um indivíduo atua fora do contexto da sua atividade econômica, como regra, haja vista a possibilidade de invocar o Código diante de situações de vulnerabilidade ou hipossuficiência (MARQUES; PFEIFFER, 2022). Contudo, o ônus da prova sobre tais circunstâncias de desequilíbrio entre os polos da relação são um obstáculo que dificilmente será perpassado

¹³ Artigo 37, §2º, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁴ Artigo 54-C, IV, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁵ Artigo 76, IV, “b”, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁶ Artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁷ Artigos 81 e 91 da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁸ Artigo 5º da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

¹⁹ Artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

²⁰ Artigo 18 do da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

²¹ Artigo 4º, X, da Lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990); e alterações introduzidas pela Lei nº 14.181 (BRASIL, 2021).

pelo alvo de *nudging*, na medida em que estudos sobre os efeitos de determinadas intervenções não estejam publicamente disponíveis.

Como (será) explorado na seção 4, as regras dedicadas à matéria ainda são apenas projetos incipientes e naturalmente muitas são as dúvidas associadas. Em situação mais crítica, elucubra-se a possibilidade de utilização de dados pessoais, criação de perfis e/ou decisões automatizadas com uso de tecnologias inovadoras, para alavancar o êxito e vantagens derivadas em detrimento dos direitos e liberdades fundamentais, a problemática torna-se ainda mais perigosa.

3 Ferramentas da proteção dos dados pessoais para proteção da autonomia nos *nudges*

Considerando-se a premissa de que *nudge* é um instrumento – um mecanismo procedimental – torna-se fácil projetá-lo sobre outras áreas. Pelo presente ensaio, optou-se pelo recorte do sistema normativo de proteção de dados pessoais.²² Notoriamente de inspiração europeia, no Brasil, promulgou-se a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, intitulada “Lei Geral da Proteção de Dados” (LGPD). Dentre os fundamentos da matéria previstos, elencam-se o respeito à autodeterminação informativa; à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; à livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; aos direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais.²³ Nessa esteira, “saltam aos olhos” as interações possíveis com as práticas de *nudge* e a proteção de dados, bem como as semelhanças estruturais desta em face da legislação de defesa do consumidor, derivadas da pretensão legislativa de se garantir os direitos dos titulares de dados, tratados pelo modelo normativo como (hiper)vulneráveis.²⁴

De cariz principiológico, a LGPD, a partir da premissa da boa-fé, ancora-se nos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação, da responsabilidade e da prestação de contas.²⁵ Veja que, assim

²² Direito fundamental recentemente introduzido e assegurado constitucionalmente – art. 5º, inciso LXXIX – pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022 (BRASIL, 1988).

²³ Artigo 2º, II, III, VI e VII, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

²⁴ Dentre os dispositivos legais que permitem tal interpretação – de vulnerabilidade –, destaca-se, sob o aspecto procedimental, o §2º, do artigo 42, desta, que prevê a possibilidade de inversão do ônus probatório a favor do titular de dados quando o Juiz entender que a alegação é verossímil, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular for excessivamente onerosa (BRASIL, 2018).

²⁵ Artigo 6º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

como no direito de proteção ao consumidor,²⁶ a boa-fé objetiva é o pilar preambular de todo e qualquer tratamento de dados. Pelo princípio subtrai-se padrão ético-jurídico no qual depreende-se que, em toda relação obrigacional, as condutas devem pautar-se pela probidade, cooperação e lealdade (remete à ideia de “confiança”).²⁷ Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

(...), a *boa-fé objetiva* é fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si. Neste rumo, a relação obrigacional deve ser desenvolvida com o escopo de se preservarem os direitos dos contratantes na consecução dos fins avençados, sem que a atuação das partes infrinja os preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico (STJ. Terceira Turma. *REsp 758518/PR*. Rel. Min. Vasco Della Giustina. J.: 17/7/2010. DJe: 01/7/2010).

Assim, conforme disposto, o princípio da boa-fé objetiva baliza as relações em proteção aos consumidores e aos titulares de dados – o que, salienta-se, é uma limitação *top-down* às políticas de *nudge*.

No intuito de ilustrar a elasticidade dos cenários, replica-se a estrutura principiológica da proteção de dados ao *nudge*. Inicia-se reflexão a partir da “prestação de contas” e da “transparência”. Toda a estruturação da metodologia de controle prevista pelo sistema se ampara na obrigatoriedade de se registrarem os processos que envolvam tratamento de dados. Esses relatórios devem indicar, de forma detalhada, a “finalidade”, cujas balizas são a “necessidade” e a “adequação” daqueles dados coletados e do tratamento que se pretende realizar – fazendo-se aqui remissão à minimização de dados, princípio disposto expressamente na legislação europeia²⁸ –, para que assim se possa comunicar tanto aos titulares de dados,²⁹ quanto às autoridades de controle. Neste material, deve-se documentar quais são as “medidas técnicas e organizacionais” adotadas “preventivamente” para mitigação

²⁶ A boa-fé objetiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor, seja em disposição literal, art. 4º, III do CDC, seja por dedução pela imposição de estruturação contratual embasada na boa-fé, vedando-se cláusulas abusivas, art. 51, IV, do CDC, ou pela responsabilização de fornecedores pelo fato ou vício do produto ou serviço, art. 18 do CDC (BRASIL, 1990).

²⁷ Institui o Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, art. 422 (BRASIL, 2002).

²⁸ Artigo 5º, “c”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

²⁹ Rememora-se aqui o princípio do “livre acesso” e, portanto, a garantia de que as informações sejam disponibilizadas de forma facilitada e gratuita sobre forma e duração do tratamento de dados, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; e da “qualidade dos dados”, garantindo a exatidão, clareza, relevância e atualização desses conforme contexto e necessidade – art. 6º, IV e V, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

dos riscos encontrados. Eneixando e sugerindo amostragem similar para as políticas de *nudging*, estar-se-ia lidando com um formato passível de audição e, quando necessário, de intervenção.³⁰

Em face da imprescindibilidade de avaliação prévia sobre o impacto e a intrusão desses mecanismos de estímulo, adiante, elucubra-se as bases legais para tratamentos de dados pessoais e sua função como balizador do *nudge*. Desse modo, foca-se no consentimento e no legítimo interesse, haja vista a natural desnecessidade – devido à objetividade inerente – de articular discurso relativo às exigências contratuais, normativas, de interesse público, de pesquisa, para o exercício regular de direito, a proteção à vida, à integridade física e do crédito.³¹

Inaugura-se pela base legal do consentimento,^{32 33} sendo a que melhor garante a preservação da autonomia dos indivíduos. Trata-se, por definição legal, de manifestação positiva – de concordância ou anuência – assumida de forma livre, informada e inequívoca, a determinado tratamento de dados pessoais, para uma finalidade específica.³⁴ Diante da interface imediata com o titular, no contexto do *nudge* que envolve o tratamento de dados pessoais sensíveis,³⁵ firma-se como única fundamentação legal possível.

Seguindo a lógica legislativa, exige-se que o consentimento seja obtido por escrito – com destaques de arquitetura e/ou *design*, por exemplo, com cláusula ostensiva e apartada no contrato – ou por outro meio que demonstre a manifestação assertiva da vontade.³⁶ É por essa necessidade de manifestação assertiva, inclusive, que a lei preceitua que o ônus da prova do consentimento cabe ao controlador.³⁷ Pela perspectiva europeia, verifica-se que a respectiva base legal é de articulação mais custosa, haja vista a imposição minuciosa de critérios mínimos e garantistas. Pela *Consideranda 42*, apreende-se:

³⁰ Na medida em que tais políticas atuam pela influência sobre a liberdade individual, direito fundamental, art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é cogente explorar tais relatórios e reproduzi-los naquilo que couber. Ora, exigir a exposição de motivos, riscos inerentes e medidas opostas para minoração do impacto desfavorável aos indivíduos, antes de aplicar o *nudge* ao grande público, são o mínimo necessário em um contexto compensatório.

³¹ Art. 7º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³² Artigo 7º, I; 8º; e 10, I, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³³ Obviamente, o *nudge* pode se sustentar por outras bases legais – como o interesse público ou a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro –, porém, não cabem ao debate que se propõe pelo presente ensaio.

³⁴ Artigo 5º, XII, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁵ Conforme definição oficial, dado pessoal sensível é todo aquele que versar “(...) sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”, art. 5º, II, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁶ Artigo 8º, *caput* e §1º, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

³⁷ Artigo, 8º, §2º, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

(...), uma declaração de consentimento, previamente formulada pelo responsável pelo tratamento, deverá ser *fornecida de uma forma inteligível e de fácil acesso, numa linguagem clara e simples e sem cláusulas abusivas. (...) Não se deverá considerar que o consentimento foi dado de livre vontade se o titular dos dados não dispuser de uma escolha verdadeira ou livre ou não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado.*³⁸

Na sequência, orienta-se:

*A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, (...). Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução.*³⁹

De modo sucinto, depreende-se: (a) a transparência e a cessão de informação inteligível, simples e de acesso facilitado; (b) a vedação daquilo que seja prejudicial ao titular; (c) a significância da granularidade do termo de consentimento; e (d) o reconhecimento da (hiper)vulnerabilidade dos donos dos dados, por conseguinte, a desproporcionalidade da relação que se estabelece nesse contexto (agentes de tratamento v. titulares de dados pessoais). Ainda, deste dever correlato aos critérios para embasamento no consentimento, eclodem os direitos de sua revogação – a qualquer momento, expressamente, por meio facilitado e gratuito –, de ser informado das consequências negativas de não consentir o processamento, e de eliminar tais dados.⁴⁰

Outrossim, diante da necessidade ou mera ambição de se tratar dados pessoais de menores de idades, a legislação pátria exige ainda que esse seja operacionalizado no seu melhor interesse e, como regra, quando criança, com o

³⁸ Considerando 42 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016), grifo nosso.

³⁹ Considerando 43 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016), grifo nosso.

⁴⁰ Arts. 8º, §5º; e 16, VI, VIII e IX, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

consentimento específico, em destaque, assinalado ao menos por dos genitores ou pelo responsável legal.^{41 42}

Outra base legal que enriquece o debate é a do legítimo interesse e do respectivo instrumento de avaliação (*Legitimate Interest Assessment* ou LIA).⁴³ O tratamento de dados será lícito “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.⁴⁴ Sem adentrar aos debates associados à introdução dessa base para tratamento de dados na LGPD,⁴⁵ e reconhecendo a necessidade de maior rigor na sua adoção, revisam-se os critérios do teste de proporcionalidade articulado no Grupo de Opinião de Trabalho do artigo 29 ou GT29 (EUROPE, 2017). No intuito de balancear o “legítimo interesse” do agente de tratamento de dados com as “legítimas expectativas” do respectivo titular, percorrem-se quatro etapas. Na primeira, debruça-se sobre a legitimidade do interesse que, conforme determinação legal, deve versar sobre uma situação concreta, portanto, parafraseando Bioni (2019, p. 253), de maneira que não seja um “cheque em branco”. Impõe-se também que tais desígnios sejam justificados por finalidade legítima, logo, conforme o ordenamento jurídico, fomentando uma vantagem, um apoio e uma promoção das atividades do controlador. *A posteriori*, passa-se para verificação da necessidade do tratamento. Nesta fase, inquire-se a real pertinência dos dados coletados e, por conseguinte, estuda-se a minimização. Tratando-se de fundamentação subsidiária, e não sendo possível o enquadramento em outra base legal, prossegue-se para a terceira análise. Aqui, é oportuno avaliar o equilíbrio do tratamento de dados. Perquire-se se a operação almejada alinha-se às expectativas do titular dos dados, bem como à forma como o impacta. Em um primeiro momento, o que está em pauta é se o que se pretende com o tratamento é, dentro de determinado contexto,

⁴¹ Art. 14, *caput* e §1º, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴² A cautela se firma em razão de serem pessoas em desenvolvimento, e, portanto, de poderem apresentar menor capacidade de perceber o risco no qual estão expostos, ou de conhecer e exercer seus direitos. Isto posto, clama-se pelo fornecimento de informações de modo claro, simples e acessível, em conformidade com as suas características – conforme os termos legais, art. 14, §6º, da LGPD, “características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, (...)” (BRASIL, 2018), de forma inteligível aos responsáveis e à criança, bem como a manutenção pública das informações relativas aos tipos de dados coletados, às formas de utilização e aos procedimentos para exercício dos direitos – art. 14, §2º, da LGPD (BRASIL, 2018). Por fim, destaca-se que excepcionalmente a coleta de dados poderá ocorrer sem o consentimento específico que agora se explora, quando essa for imprescindível para contatar os seus responsáveis legais, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, nunca repassando-os a terceiros sem a adequada anuência formal – art. 14, §3º, da LGPD (BRASIL, 2018).

⁴³ Arts. 10, §3º, e 37 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴⁴ Art. 7º, IX, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁴⁵ Artigo 10 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

algo “esperado” pelo titular de dados e, por sua vez, que não o surpreenderia. No segundo, alavancam-se os direitos e liberdades fundamentais e varrem-se eventuais efeitos negativos sobre eles como, por exemplo, algo que possa ser discriminatório ou que fira a sua autonomia decisória. Por fim, mapeado o cenário de impacto e legitimidade, percorrem-se as salvaguardas aplicáveis ao caso. Garante-se a transparência como meio informacional, na tentativa de resgatar o poder de escolha quanto ao tratamento de dados e, distante da inicial abstração e generalização, aproxima-se da análise concreta da legítima expectativa individual em face de determinadas circunstâncias.⁴⁶ O relatório encerra com a descrição dos meios técnicos – como uso da criptografia, do mascaramento, pseudonimização –, e administrativos – como o controle de acessos e a gestão de contratos –, inclinados à mitigação dos riscos antevistos.

Ora, perante a descrição *supra*, resta manifesta a aplicação reflexa ao *nudge*. O que se narra nada mais é do que uma revisão do panorama de influência sobre a vontade – a liberdade de escolha.⁴⁷ Parece razoável e acessível, destarte, sugerir que se registre previamente tais mensurações ante a exposição e eventual sujeição dos indivíduos às intrusões de estímulo tendencioso.

Acrescendo-se hipótese de maior complexidade, explora-se, na sequência, o *nudge* que se aproveita do perfilhamento para fomentar seus interesses primários. Como justificativa, reprisa-se que os dados pessoais podem ser percebidos como um prolongamento do indivíduo e também como algo que, tratado, possa interferir na esfera relacional de uma pessoa. Nesse sentido, a proteção de dados posiciona-se como um instrumento apto a garantir o livre desenvolvimento da personalidade. O Regulamento europeu estabelece como definição de perfis,

qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em *utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos* relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações; (...).⁴⁸

Pelo conjunto de dados pessoais de alguém, é possível que se produzam outros, por inferência. A partir de padrões de comportamento observados pelos seus “rastros digitais”, sejam cliques em lojas *e-commerce*, seja na introdução de palavras em ambientes de pesquisas, *likes* em postagens nas mídias sociais ou

⁴⁶ Aqui, cogita-se a possibilidade de oposição (*opt-out*) pelo titular de dados ao tratamento proposto.

⁴⁷ Além de, essencial e obviamente, um teste de proporcionalidade.

⁴⁸ Artigo 4º, 4, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

inclusão de lojas e ativistas sociais nessas, informações podem ser depreendidas a seu respeito (inclusive de teor sensível). Tais estereótipos que estigmatizam eventualmente geram discriminação, ação vedada pelo nosso ordenamento jurídico. Perante o potencial de influência sobre o poder decisório dos indivíduos, é temerário que não haja recursos de limitação. Justamente nesse contexto, cogita-se “ditadura algorítmica” e, portanto, a potente e perigosa combinação do perfilamento ao processo de tomada de decisões automáticas.

A LGPD, no intuito de acautelar o titular de dados, prescreve, no artigo 20, o direito de solicitar revisão das decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado dos dados pessoais⁴⁹ – incluindo a definição de perfis⁵⁰ –, que afetem seus interesses; a obrigação imposta ao controlador de fornecer informações claras e adequadas acerca dos critérios e procedimentos utilizados no processo implementado de automação das decisões, sempre que solicitado, resguardado os segredos comercial e industrial; e, na inobservância deste último, com base na ressalva legal, a possibilidade de sujeição à auditoria feita pela autoridade nacional de controle para verificação de aspectos discriminatórios no tratamento automatizado de dados. Embora inegável a preocupação do legislador, é igualmente evidente a precariedade daquilo disposto.

Elegendo o exemplo do modelo europeu, discorre-se sobre suas estratégias assecuratórias. A partir do reconhecimento do potencial ofensivo de decisões tomadas exclusivamente com base em tratamento automatizado, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) prescreve o direito à não sujeição do titular de dados a essas decisões que produzam efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de maneira similar⁵¹ – como pode ocorrer na exposição do titular de dados ao *nudge* que modifique substancialmente seu comportamento ou sua direção eletiva. Para determinar se o impacto sobre o titular é significativo, nos termos do artigo 22, convém realizar análise casuística, mensurando-o a partir dos critérios propostos pelo GT29. São eles:

⁴⁹ Por decisões exclusivamente automatizadas entende-se aquelas tomadas por meios tecnológicos e sem qualquer intervenção humana. Exemplo interessante articulado no Grupo de Trabalho do artigo 29^a para a proteção de dados, “Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679”, é sobre a aplicação de multas por excesso de velocidade (EUROPE, 2017, p. 9). Em um caso, elas são aplicadas com base exclusivamente nos registros capturados por radares e processamento automatizado – sem a definição de perfis –; no outro, a decisão automática passa a ser tomada com base na definição de perfis no qual os hábitos de condução do indivíduo são monitorados ao longo do tempo de tal modo que a classificação gerada – como reincidência e velocidade – impacte no valor da multa a ser aplicada (EUROPE, 2017).

⁵⁰ Insta salientar que tanto as decisões automatizadas podem ocorrer sem a definição de perfis, como a definição de perfis pode acontecer sem as decisões automatizadas; e vice-versa.

⁵¹ Artigo 22, 1, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

- a dimensão intrusiva do processo de definição de perfis, nomeadamente o seguimento de pessoas em diferentes sítios Web, dispositivos e serviços;
- as expectativas e a vontade das pessoas em causa;
- a forma como o anúncio é apresentado; ou
- a utilização de vulnerabilidades conhecidas dos titulares de dados visados. (EUROPE, 2017, p. 24)

Verificados, portanto, a dimensão da intromissão do *nudge*, a forma em que as informações fundamentais são veiculadas, incluindo-se, então, quais fragilidades ou deficiências são exploradas para determinados fins e, enfim, o alinhamento com as expectativas do titular de dados, eleger-se-á o método como lícito e legítimo, ou não. Em outras palavras, diz-se ser permitido aos agentes de tratamento de dados manusearem estratégias de definição de perfis associadas aos processos de decisão exclusivamente automatizada, desde que a atividade de tratamento tenha fundamento lícito⁵² e que se garanta o respeito a todos os princípios⁵³ previstos no diploma normativo ora em debate. Na hipótese, porém, da avaliação indicar impacto desproporcional e, portanto, com tratamentos de dados que impliquem elevado risco aos seus titulares, sobrevém a necessidade de realizar uma Avaliação (Relatório) de Impacto sobre a Proteção de Dados com respectiva estratégia de minimização de riscos, conforme previsto em ambas as diretrizes legais – europeia e brasileira.⁵⁴ Caso os riscos não possam ser eliminados ou suficientemente mitigados, os processos de tratamento de dados e *nudge* não poderão ser perpetrados.

A regra geral prevista na GDPR, contudo, contempla três exceções. São elas: (a) quando a medida for necessária para a celebração – ações preliminares – ou a execução de contrato entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento; (b) for autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o titular de dados esteja sujeito – desde que amparados por salvaguardas em prol dos direitos, liberdades e legítimos interesses deste; ou (c) for baseada em consentimento explícito do titular de dados.⁵⁵

⁵² Conforme consta no artigo 6º da GDPR, são elas: o consentimento; ser o tratamento de dados necessário para execução de contrato; para o cumprimento de obrigação jurídica; para a defesa de interesses vitais; para o exercício de funções de interesse público ou da autoridade pública; e, para o legítimo interesse do agente de tratamento ou terceiro (EUROPE, 2016).

⁵³ Elenca-se quais sejam (art. 5º, da GDPR): licitude, lealdade e transparência; limitação das finalidades; minimização dos dados; exatidão; limitação da conservação; integridade e confidencialidade (EUROPE, 2016).

⁵⁴ Artigos 38 da Lei Geral da Proteção de Dados e 35 do Regulamento (UE) 2016/679 (BRASIL, 2018; EUROPE, 2016).

⁵⁵ Artigo 22, nº 2, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

Prescreveu-se ainda que, quando se estiver diante da primeira ou da última hipótese acima, o controlador deverá aplicar “medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente *o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão*”.⁵⁶ Veja-se aqui direitos que não foram transpostos no Direito brasileiro, quais sejam, o de obter intervenção humana, e o de contestar a decisão automatizada. Apesar da similaridade deste último com o direito de solicitar revisão, previsto na LGPD,⁵⁷ subtrai-se do direito à contestação algo que, para além de revisar, possibilita obter explicações e apresentar resistência em face dos aspectos apresentados – recursos esses *ex post* (KAMINSKI, 2019). Por decorrência lógica, também não criado na legislação brasileira, está o direito de oposição que, giza-se, deve ser exibido explicitamente, de forma clara e segregada das demais informações.⁵⁸ Quando do seu exercício, sobrevém o direito à limitação do tratamento,⁵⁹ logo, de interromper ou retardar seu início, desde que não existam interesses legítimos prevalecentes⁶⁰ – aqui entendidos como “razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados”, ilustrativamente, definição de perfis que possa beneficiar a sociedade como um todo, como no processo de contágio de doenças (EUROPE, 2017, p. 20). Não obstante, o direito à oposição ao tratamento de dados pessoais para fins de comercialização direta é concedido de forma incondicional (EUROPE, 2017, p. 21).

Em linha oposta, nos demais casos, convém proceder com análise prévia na qual a ponderação de interesses concorrentes é imperiosa. O Grupo de Trabalho do artigo 29^a para proteção de dados orienta que o responsável pelo tratamento deve:

- considerar a importância da definição de perfis para o seu objetivo específico;
- considerar o impacto da definição de perfis sobre os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados – o qual deve ser *limitado ao mínimo necessário* para atingir o objetivo; e
- realizar um exercício de ponderação. (EUROPE, 2017, p. 20, grifo nosso)

Assim, trata-se de ação imprescindível ponderar as intenções do controlador com aquilo que respalda a objeção do titular, que, como bem assentado

⁵⁶ Artigo 22, nº 3, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016), grifo nosso.

⁵⁷ Artigo 20, *caput*, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018).

⁵⁸ Artigo 21 do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁵⁹ Artigo 18, nº 1, alínea “d”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

⁶⁰ Artigo 17, nº 1, alínea “c”, do Regulamento (UE) 2016/679 (EUROPE, 2016).

pelo Grupo, pode se apoiar em motivos de ordens pessoal, social ou profissional (EUROPE, 2017, p. 20). Aprovado no teste de proporcionalidade, o responsável pelo tratamento, conforme mencionado, deverá adotar salvaguardas em prol dos direitos, liberdades e legítimas expectativas do titular de dados.⁶¹ Traz-se, a título exemplificativo, a política de *nudge* que se embasa tanto no perfilhamento quanto no processo de decisão exclusivamente automatizado. Imagina-se, então, em um polo, cidadão em processo de endividamento, em outro, uma indústria farmacêutica que opera também diretamente com consumidor pela plataforma *e-commerce*. Essa empresa, detentora de dados do primeiro – tenham sido ou não fornecidos diretamente pelo titular – traça um perfil baseado nos seus dados médicos e começa a enviar, por SMS, mensagens com produtos a preços atraentes e adequados às necessidades e padrões de consumo deste potencial cliente. Pergunta-se: o quão eficaz será esse *nudge*? Inicia-se por representação gráfica pela tabela de Baldwin:

Tabela 2: Eficácia do *nudge* no contexto de decisões exclusivamente automatizadas e criação de perfis

	Graus
Perfis	Implementação de facilidade ou conveniências: Proposta comercial atraente com base em perfil pessoal (<i>nudge</i> de 2º Grau)
Bem intencionado e alta capacidade	Alta
Bem intencionado e baixa capacidade	Alta
Mal intencionado e baixa capacidade	Alta
Mal intencionado e alta capacidade	Baixa

⁶¹ Convém pontuar que a norma brasileira não faz menção ao tratamento de dados pessoais de menores com base em decisões unicamente automatizadas. A GDPR, por sua vez, traz interpretação pela *Consideranda 71*, que leciona que tais tratamentos, incluindo o perfilhamento, que tenham efeitos jurídicos ou outros similarmente significativos, “não deverá dizer respeito a uma criança”. O GT29 (EUROPE, 2017) ainda recomenda que, “regra geral, os responsáveis pelo tratamento não invoquem as exceções previstas no artigo 22º, nº 2, para justificar esse tratamento”. Ademais, em atenção à vulnerabilidade, a *Consideranda 38* frisa a imperiosidade de se assegurar proteção especial à “utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças”.

O impacto dessa política é bastante óbvio. Na equação em que se somam informações pessoais relevantes, por vezes sensíveis, por meio de decisões automatizadas, a intenções comerciais adequadas ao perfil do alvo, o resultado só pode ser avassalador e potente. Mesmo perante aquelas pessoas que não se alinham às intenções do *nudger* podem ser persuadidas.

Consoante todo o exposto, é cristalina a força que o *nudge* pode ter. A capacidade de perverter intenções e ofender direitos e liberdades fundamentais desequilibra as relações e, naturalmente, demanda melhor gerência. Viciar o consentimento deve gerar responsabilização e, configurada a coação,⁶² a depender, até mesmo criminalmente. O panorama brasileiro, contudo, contempla ainda muitas lacunas regulatórias – seja na seara consumerista, na de proteção de dados pessoais ou de *nudge*. Mesmo que se possa alongar o princípio da boa-fé objetiva para alcançar a avaliação da proporcionalidade das medidas adotadas para influenciar pessoas e para, dessa maneira, promover a remediação de eventuais danos, sabidamente, além de não prevenir, promoverá – por questões referentes ao acesso à justiça, à ausência de unicidade e imaturidade do judiciário – segregação e disparidade na sociedade.

4 A emergência de legislação específica sobre manipulação

Nos últimos anos, a crescente preocupação com a manipulação dentro do contexto das mídias sociais conduziu à formulação de três diferentes propostas legislativas, todas nos Estados Unidos da América, na tentativa de configurar um marco regulatório horizontal para o enfrentamento do *nudge*. Em vista disso, faz-se necessária uma análise acerca das principais características dessas propostas e suas respectivas ferramentas, no intuito de avaliar se tais abordagens oferecem uma tutela efetiva e que não interfira indevidamente na livre iniciativa econômica.

A primeira delas, introduzida em formato bi-partidário no Senado, em abril de 2019, foi nomeada “Deceptive Experiences To Online Users Reduction Act”, ou “DETOUR Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2019). O seu objetivo declarado é proibir o uso de práticas exploratórias e enganosas por grandes fornecedores de serviços *on-line* (com pelo menos 100 milhões de usuários, autenticados dentro de 30 dias), assim como promover o bem-estar do consumidor em face do uso de pesquisa comportamental feita por tais provedores. Verossimilmente em reação à

⁶² Pelo termo, entende-se: “a coação depende de eventual omissão ou ação viciada de um agente por causa de uma violência, que deve consistir-se em ameaça de um mal sério e injusto” (STJ. Segunda Turma. REsp 1.370.272/DF. Rel. Min. Mario Campbell Marques. J.: 27/8/2013. DJe: 4/9/2013).

descoberta do experimento de “contágio emocional” conduzido pelo Facebook sem consentimento ou ciência dos usuários, em 2014 (SELINGER; HARZOG, 2015), a legislação criaria uma obrigação para aqueles gigantes tecnológicos obterem autorização prévia, concedida por uma comissão de revisão independente, e de informar de forma clara e periódica (pelo menos a cada 90 dias) tanto os usuários que estarão envolvidos com seus dados em estudos comportamentais ou psicológicos sobre a finalidade geral desses estudos, quanto o público geral sobre os estudos na hipótese de haver pesquisas direcionadas à promoção de maior engajamento ou aquisição de produtos. Para além, o projeto veda para *todos* os provedores de serviços *on-line*, o seguinte: (a) a segmentação de consumidores em grupos para experimentos ou outros tipos de pesquisa psicológica ou comportamental, exceto se houver consentimento expresso daqueles; (b) a manipulação, o desenho ou a modificação das interfaces do usuário com a finalidade ou o efeito substancial de prejudicar a autonomia, a decisão ou a escolha para a obtenção de dados pessoais; e, por último, (c) as práticas de *design* e manipulação com o fim ou a consequência de encorajar a utilização compulsiva dos serviços *on-line* por crianças.

Embora a preocupação por trás desta proposta seja clara e da qual se partilha de entendimentos comuns, duas críticas são feitas sobre a técnica legislativa escolhida. Primeiro, de um ponto de vista substancial, a lei é demasiadamente ambiciosa, e até pouco realista, ao condicionar à permissão prévia e transparência posterior uma atividade que de fato é conduzida repetidamente quase que todos os dias pela maioria dos provedores de serviços *on-line*: isso se aplica tanto à segmentação de consumidores, para testar efeitos de determinadas características do serviço (por exemplo, o *design* da arquitetura de escolha, o chamado *A/B testing*), como à condução de pesquisa direcionada à promoção de maior engajamento ou aquisição de produtos, que são os objetivos comuns para praticamente todos os operadores de *websites* com finalidades comerciais. Uma solução mais razoável seria exigir a autorização prévia do *Independent Review Board* (IRB) para estudos que possam ocasionar impacto significativo sobre os indivíduos, assim como foi a escolha dos legisladores no artigo 20, da LGPD, e no 22, da GDPR.

Em segundo lugar, e, coincidentemente, o aspecto mais interessante para a governança da atividade de *nudging*, é que o projeto ultrapassa o seu próprio objetivo declarado, impondo obrigações de difícil implementação não apenas aos gigantes tecnológicos que ela busca regular, mas a qualquer outro fornecedor de serviços *on-line*. O que se eleva aqui para os fins deste estudo é a causa dessa dificuldade de implementação, que reside na interpretação de conceitos como os de “efeito substancial de prejudicar a autonomia, a decisão ou a escolha” e de “manipulação”. Tal quesito permanece controverso nas três propostas legislativas mencionadas nesta seção.

Contudo, o ponto mais contraditório do projeto remete aos mecanismos de identificação de padrões de *design* responsável. Por eles, atribui-se a faculdade às “associações de padrões profissionais” de identificar condutas que não têm a finalidade ou o efeito substancial de prejudicar a autonomia, a capacidade de decisão e escolha dos usuários, ou de cultivar o uso compulsivo por uma criança. Em outras palavras, cada associação obteria a capacidade de criar um “porto seguro” (*safe harbor*) para os operadores da área, nas quais a *Federal Trade Commission*⁶³ (FTC) – entidade encarregada por fiscalizar as obrigações impostas pelo projeto – poderia averiguar as práticas elencadas apenas na hipótese de má-fé do respectivo operador. Cabe mencionar que esse regime de fiscalização é fortemente vulnerável à captura regulatória; ademais, ao não exigir critérios de multissetorialidade e transparência a serem respeitados por essas associações, o projeto falha por não traçar um caminho baseado em evidências para determinar a licitude dos respectivos *nudges*.

O segundo projeto de lei, também de 2019, foi chamado “Social Media Addiction Reduction Technology Act”, ou “SMART Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2019). Com o principal objetivo de proibir práticas que explorem a psicologia humana ou a fisiologia do cérebro para impedir ou obstaculizar substancialmente a liberdade de escolha nas mídias sociais, a proposta decreta a ilegalidade da operação de serviços *on-line* que não apresentem alternativas para a escolha dos consumidores de forma neutral para aceite ou discordância – isto é, com a equivalência de ícones e ações necessárias para se aceitar ou não o processo, bem como sem opções pré-selecionadas. Outrossim, ela proíbe a operação de mídias sociais que não disponibilizam interface de fácil utilização e que permita o monitoramento do tempo despendido nesta, pelo usuário, e atribui à FTC a tarefa de submeter ao Congresso um relatório periódico (a cada 3 anos) sobre a adicção à *internet* e aos processos pelos quais as mídias sociais interferem na liberdade de escolha. Pelo ensaio, também cabe à FTC a promulgação, em conjunto com a Secretaria de Saúde e de Serviços Humanos, de normas de duração trienal que proíbem tais práticas.

Veja-se que a proposta resulta mais prudente que a precedente, ao delimitar de forma mais razoável seu âmbito de aplicação, bem como ao fornecer critérios concretos para determinar a existência de influência indevida. Todavia, esse enfoque limitado não permite lidar com a multitudine de tipos de estímulos que não dependam de eventual aceite ou discordância, mas que derivam da forma na qual os indivíduos são direcionados para uma determinada escolha fluidamente (como, por exemplo, por recomendação algorítmica). É verdade que o projeto atribui à

⁶³ Comissão Federal do Comércio (tradução livre).

FTC um poder normativo mais amplo para identificar tais práticas, junto com outros departamentos governamentais, porém, infelizmente, carece de critérios para determinar o escopo dessa atividade normativa – eis o problema recorrente acerca da interpretação de termos vagos. A equiparação dos diferentes embaraços de adicção à *internet* e de ingerência na liberdade de escolha só dificultam tal interpretação.

Por fim, a última, e, ao nosso ver, talvez a proposta legislativa mais cuidadosa, foi divulgada em fevereiro de 2022, com o título “Nudging Users to Drive Good Experiences on Social Media Act”, ou “Social Media NUDGE Act” (UNITED STATES OF AMERICA, 2022). Esse projeto reconhece a dificuldade de se intervir de forma efetiva contra a adicção às mídias sociais e à amplificação de conteúdo danoso por intermédio de algoritmos e decisões automatizadas, embora, ao mesmo tempo, aposte no caráter promissor de pequenos “*empurrõezinhos*” para prevenir tais efeitos. Nessa esteira, atribui à “Academia Nacional de Ciência” e à “Academia Nacional de Ciência, Engenharia e Medicina” a importante tarefa de conduzir estudos sobre a medição do impacto negativo das mídias sociais sobre a saúde física e mental dos indivíduos, assim como sobre as possíveis intervenções a serem implementadas pelas plataformas para redução desses impactos. De forma inédita, a proposta vincula a futura ação regulatória da FTC nesta seara à implementação das sugestões avançadas pelas duas Academias, podendo aprová-las ou não, na literalidade e, portanto, sem alterá-las. Outrossim, em comparação com os documentos precedentes, essa proposta concede o direito à defesa para plataformas que considerarem algum aspecto da intervenção exigida como não factível tecnicamente, que impeça alguma de suas funcionalidades essenciais ou comprometa a segurança dos dados dos usuários. Sendo o caso, a plataforma reclamante deverá produzir as evidências que fundamentam respectivas conclusões.

Desta, ao menos duas inovações merecem destaque. Primeiro, a proposta reconhece que os *nudges* têm grande potencial como instrumento de regulação e, nesse trilha, dispõe sobre possível imposição desses, pelas e sobre as mídias sociais. Segundo, os instrumentos previstos para suportar a construção de uma base robusta de evidências sobre os efeitos de vários *nudges*, de natureza multisetorial, são mais apropriados do que aqueles dispostos nos projetos anteriores. A efetiva capacidade regulatória da FTC depende tanto dos insumos fornecidos pela comunidade científica, quanto da factibilidade e das consequências dessas intervenções no mundo real, que somente poderão ser verificadas com um processo robusto que garanta o contraditório e a ampla defesa das empresas afetadas. Nada obstante, o que falta nesta arquitetura normativa é a participação dos usuários nesses processos de identificação e a possibilidade de particularizar a análise das intervenções de maneira quase personalizada, como acontece na operação dialética instaurada para a contestação de decisões automatizadas por um titular

de dados pessoais. Isto demonstra que a proteção de dados permanece como um importante pilar, sem se olvidar da urgência de regulação específica dedicada às práticas de *nudging* e/ou manipulação, para preservar a autonomia dos indivíduos em uma era de *big data* e inteligência artificial.

5 Considerações finais

Neste texto, explorou-se a capacidade do sistema legal de controlar as práticas de *nudging* contrárias à boa-fé objetiva e de fornecer as ferramentas para enfrentá-las diante dos avanços da inteligência artificial e do *big data*. Em primeiro lugar, a fim de distinguir *nudging* lícito de ilícito, foi apresentado um teste baseado em três elementos: (i) a existência de um benefício para o sujeito-alvo do *nudging*; (ii) a existência de transparência; e (iii) a facilidade de *opt-out*. Consequentemente, ponderou-se em que medida o direito de proteção ao consumidor permite operacionalizar esses critérios, identificando alguns pontos de controle, quais sejam, a inaceitabilidade de eventual benefício de alguns para justificar danos a grupos de indivíduos vulneráveis, a condenação de condutas abusivas de intrusões excessivas na liberdade de escolha dos consumidores, e a imposição de numerosos deveres de transparência. Apesar do exposto concluiu-se que o direito consumerista é inadequado para fornecer resposta aos desafios do *nudging* em sentido lato, tanto pelo alcance limitado do diploma, que deixa de proteger empreendedores ou indivíduos sujeitos a práticas em contextos não comerciais, quanto pela falta de deveres documentais preventivos de ponderação de interesses dos sujeitos atingidos por tais práticas.

Como fonte de ferramentas alternativas para o combate a *nudging* ilícito, analisou-se o potencial do direito à proteção de dados. Particularmente, ilustrou-se como o regime da LGPD compensa algumas das lacunas supracitadas, por exemplo, com a imposição das obrigações de produção de relatório de impacto para casos de alto risco, assim como a de documento de avaliação do legítimo interesse. Explicou-se como a tutela especial oferecida contra decisões automatizadas com impacto significativo no indivíduo expande o campo de preservação da autonomia individual – garantido pela expressão do consentimento em formato livre, inequívoco e informado – e possibilita maior transparência e contestabilidade. Fazendo isso, demonstrou-se a utilidade do teste mencionado acima para *nudging* lícito no contexto brasileiro, que carece de uma série de mecanismos de controle que estão presentes no contexto europeu: em primeiro lugar, a proibição de decisões automatizadas fora das exceções previstas pela lei, implicando na classificação de maior mecanismo de controle, portanto, ser a possibilidade de revisão dessas decisões por pessoa humana; e, em segundo, a falta de direitos de explicação

e de contestação das decisões automatizadas, assim como o de oposição aos tratamentos baseados em legítimo interesse. Em vista dessas lacunas, o teste que se propôs permite filtrar as avaliações de legítimo interesse ao suporte de decisões de *nudging*, limitando a validade dessa base legal apenas a hipóteses que envolvam um benefício para o titular de dados, que sejam feitas de forma transparente, e que deixem uma possibilidade de oposição proporcional à intrusão no processo deliberativo do indivíduo.

Ao longo do texto, reconheceu-se o desafio relativo à medição dos efeitos dos *nudges* anteriormente ao seu respectivo *design*, tanto para a atuação dos *nudgers* de forma mais efetiva e na prevenção de possíveis violações normativas, quanto para que os *nudgees* possam se basear em informações empíricas para invocar a tutela jurídica relevante para determinados tipos de *nudges*. Desse modo, a legislação mais recentemente proposta nos Estados Unidos da América foi considerada promissora por gerar uma base empírica robusta e a possibilidade de uma discussão multissetorial para a identificação dos padrões de condutas responsáveis nesse sentido. Em outras palavras, o “Social Media NUDGE Act” representa um passo importante na direção da conscientização sobre a existência e os efeitos dessas práticas, indispensáveis para o êxito em face dos indivíduos (BLANCHY *et al.*, 2021). Isto se trata, contudo, de resposta complementar ao teste que se introduz neste artigo: a produção de evidência documental não serve, por si só, para resolver questões interpretativas sobre o que se entende por manipulação, interferência com ou sem subversão da liberdade de escolha. Ante o exposto, a expectativa é que o teste fornecido por este artigo auxilie o operador jurídico a balizar os diferentes interesses – eventualmente, conflitantes –, no intuito de filtrar o *nudging* ilícito e estimular intervenções que produzam efeitos reconhecidos por nossa sociedade como positivos.

Abstract: The rise of artificial intelligence, accompanied by an increase in automated decisions with a direct impact on the sphere of rights and freedoms of individuals, it is has become essential to ensure the preservation of their autonomy in their market and social interactions. Although there is already a robust discussion in the regulatory literature about the potential impact of choice architecture on individual decision-making, the debate on the legal implications of massive data use and algorithms to customize the strategy applied to “nudges” remains embryonic. In this context, the objective of this article is to provide parameters to delimit the scope of influence allowed in the individual’s choices, and to indicate the extent to which such metrics could be implemented in the application of the Brazilian General Data Protection Law. The article discusses legislative proposals relating to this matter and offers reflections on the possibility of enabling adequate control over the forms of undue interference in the decisions of vulnerable people.

Keywords: Nudge. Choice architecture. Vulnerability. Personal data protection. Automated decisions.

Table of contents: **1** Introduction – **2** Legitimacy of nudging: promises and limitations of consumer protection – **3** Personal data protection tools to protect autonomy in nudges – **4** The emergence of specific legislation on manipulation – **5** Final considerations – References

Referências

- ACQUISTI, A. *et al.* Nudges for privacy and security: Understanding and assisting users' choices online. *ACM. Comput. Surv.* 50, 3. Article 44: 2017, p. 41.
- AVERITT, N.; LANDE, R. Consumer Sovereignty: A unified theory of antitrust and consumer protection law. 65. *Antitrust Law Journal* (1997), p. 713-714.
- BALDWIN, R. From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree. *Modern Law Review.* Vol. 77. Issue 6. 2014, p. 831-857.
- BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e Direitos Fundamentais* (Org.). São Paulo: Saraiva, 2012.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BLANCHY, K. B.; ROSSI, A.; RIVAS, S.; DOUBLET, V.; KOENIG, V.; LENZINI, G. "I am Definitely Manipulated, Even When I am Aware of it. It's Ridiculous!" – Dark Patterns from the End-User Perspective. DIS 21: Designing Interactive Systems Conference 2021. 2021, p. 763–776.
- BRASIL. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 8.069/1990*. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 8.708/1990*. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 10.406/2002*. Brasília, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 13.709/2018*. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.
- CALO, R. Digital Market Manipulation. 82 *Geo. Wash. L. Rev.* 995. 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=faculty-articles>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: Economia, sociedade e cultura*. Vol. II: O poder da identidade. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- EUROPE, Council of. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento europeu e do Conselho*. Luxemburgo, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- EUROPE, Grupo de Trabalho do Artigo 29º para a proteção de dados. *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*. 17/PT. WP251rev.01. Disponível em: https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_pt. Acesso em: 07 fev. 2022.
- HANSEN, P. G.; JESPERSEN, A. M. Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy. *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 4, No. 1 (2013), pp. 3-28.
- KAMINSKI, M. E. The Right to Explanation. Explained (June 15, 2018). U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 18-24. *Berkeley Technology Law Journal*. Vol. 34, No. 1, 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3196985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3196985>.

LANZING, Marjolein (2019). "Strongly Recommended" Revisiting Decisional Privacy to Judge Hypernudging in Self-Tracking Technologies. *Philosophy and Technology*. 32 (3), 2019, pp. 549-568.

MARQUES, C. L.; PFEIFFER, R. A. C. *Dissemination of Consumer Law and Policy in Brazil*: The Impact of EU Law. *J Consum Policy (Dordr)*. 2022 Jan. 22:1-22. DOI: 10.1007/s10603-022-09503-w.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SELINGER E.; HARTZOG W. Facebook's emotional contagion study and the ethical problem of co-opted identity in mediated environments where users lack control. *Research Ethics*. 2016;12(1):35-43. DOI:10.1177/1747016115579531

STJ. Terceira Turma. *REsp. 758518/PR*. Rel. Min. Vasco Della Giustina. J.: 17/7/2010. DJe: 01/7/2010.

STJ. Segunda Turma. *REsp 1.370.272/DF*. Rel. Min. Mario Campbell Marques. J.: 27/8/2013. DJe: 4/9/2013

STJ. Terceira Turma. *REsp. 1.642.318/MS*. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 07/2/2017. DJe: 13/2/2017.

STJ. Terceira Turma. *REsp. 1.662.344/SP*. Rel. Min. Nancy Andrigui. J.: 20/3/2018. DJe: 23/3/2018.

SYKES, Alan O. The Least Restrictive Means. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 70, No. 1, Centennial Tribute Essays. Winter: 2003, pp. 403-419.

THALER, R. H. The power of nudges, for good and bad. *The New York Times*, October 31st 2015. Disponível em: https://www.nytimes.com/2015/11/01/upshot/the-power-of-nudges-for-good-and-bad.html?_r=0. Acesso em: 07 fev. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Deceptive Experiences to Online Users Reduction Act or the DETOUR Act*. S.1084. 2019. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1084/all-info>. Acesso em: 18 fev. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Social Media Addiction Reduction Technology Act or the SMART Act*. S.2314. 2019. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2314>. Acesso em: 18 fev. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA. Senate. *Social Media NUDGE Act*. S.3608. 2022. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3608?s=1&r=4>. Acesso em: 18 fev. 2022.

YEUNG, Karen. 'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design. *Information, Communication & Society* (2017), p. 1-19.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZINGALES, Nicolo; BAKONYI, Erica. Aceitabilidade do *nudging*: a necessidade de uma resposta multidimensional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, p. 115-143, out. 2022. Número especial.

Recebido em: 22.03.2022

Pareceres: 23.04.2022, 27.04.2022

Approved em: 01.09.2022