

1 Universidade Federal de Minas Gerais, Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-4251-0629>

2 Universidade Federal de Minas Gerais, Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-7795-0395>



NUDGE E INFORMAÇÃO: A TOMADA DE DECISÃO E O “HOMEM MÉDIO”

NUDGE AND INFORMATION: DECISION MAKING AND “AVERAGE MAN”

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira¹ e Brunello Souza Stancioli²

Resumo

Neste artigo, será analisado se as descobertas da neurociência e da psicologia realizadas nas últimas décadas sobre a tomada de decisões humanas impactaram a regulamentação de comportamentos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Mediante comparação de alguns dispositivos dos mencionados diplomas legais, será indagado ainda quais mecanismos (regime de invalidade, *nudges*, deveres de informação) são mais adequados para que uma compreensão cientificamente informada da conduta humana no âmbito jurídico possa levar ao aperfeiçoamento da tomada de decisões nas citadas áreas do direito privado. O artigo insere-se no campo de pesquisa de Direito e Sociedade e foi elaborado por meio da análise crítica de dispositivos legais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor à luz das novas descobertas sobre o processo decisório humano. Concluiu-se que os mecanismos do regime de invalidade previstos no Código Civil são insuficientes para incorporar de maneira satisfatória as novas evidências sobre tomada de decisões, devendo ser conjugados com outros instrumentos, como as técnicas de arquitetura de escolha (*nudges*) e os deveres de informação.

Palavras-chave

Direito privado; negócios jurídicos; manifestação de vontade; invalidade; estímulos comportamentais.

Abstract

In this paper the authors seek to analyze if the new contributions about human decision making had any impact on the Brazilian Civil Code and Consumer Protection Law. Comparing the two statutes, the authors will also verify which is the best mechanism (void, nudges, disclosure) to use a better understanding of human decision making to improve the decisions with repercussions on private law. The paper is insert in the field of Law & Society and was developed through the critical analysis of the most important Brazilian statutes on private law. As a conclusion, the authors suggest that the mechanisms that lead to the annulment of contracts is insufficient to incorporate the new findings on human decision making into private law and therefore must be conjugated with other mechanisms, such as nudges and disclosure.

Keywords

Brazilian private law; contracts; decision making; nullity; nudges.

INTRODUÇÃO

Neste artigo,¹ será analisado se as descobertas da neurociência e da psicologia realizadas nas últimas décadas sobre a tomada de decisões humanas impactaram a regulamentação de comportamentos no Código Civil (CC) e no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tais descobertas sugerem que, por muito tempo, várias áreas do saber, inclusive o Direito, apostaram na racionalidade humana, conforme teorizada na modernidade e no Iluminismo. Essa racionalidade seria o principal instrumento usado na tomada de decisões, pelo menos nas mais importantes. Contudo, as evidências recentes apontam para a preponderância de outros mecanismos dissociados de um conceito abstrato de razão, formados por hábitos, heurísticas, processos associativos e substitutivos, frutos da evolução do cérebro humano.

Esse paradigma da racionalidade humana na tomada de decisões encontra-se também na base do Direito, cujas normas destinam-se a um ser padrão cognominado “homem médio”. Assim, é de se indagar como a quebra do paradigma vem sendo tratada pelo Direito na regulamentação dos comportamentos humanos, em especial na seara do direito privado, em que são tomados como plataforma para a análise o CC e o CDC.

O artigo será desenvolvido em *quatro partes*. Na primeira, serão apresentadas algumas das descobertas da neurociência e da psicologia que colocam em xeque o modelo de racionalidade adotado como padrão da tomada de decisões humanas em várias ciências sociais. Na segunda parte, serão destacados alguns desdobramentos que as novas evidências sobre o processo decisório humano tiveram em alguns campos, como na economia, no desenvolvimento de políticas públicas e na saúde.

Na terceira parte, será focado o campo do Direito, em que os novos achados sobre a tomada de decisão humana já foram objeto de estudo, principalmente nos Estados Unidos da América e na Europa. No Brasil, a questão já foi abordada, com enfoque no âmbito do direito processual e do direito penal, considerando as peculiaridades de cada um desses ramos. No entanto, as novas evidências sobre tomada de decisões humanas podem ser analisadas também na esfera do direito privado, que normatiza as principais relações entre as pessoas, como direitos da personalidade e capacidade, direitos reais, vínculos de parentesco, pessoas jurídicas, atividades econômicas, entre outros, atribuindo consequências jurídicas a várias decisões tomadas pelas pessoas.

Entre as decisões regulamentadas pelo direito privado, há os chamados atos jurídicos, que são todos aqueles acontecimentos adotados como suporte fático de norma jurídica que

...

1 Algumas das ideias apresentadas neste artigo foram desenvolvidas na dissertação de mestrado intitulada *Neurodireito e tomada de decisões no direito privado: negócios jurídicos baseados em evidências*, defendida em 20 de fevereiro de 2020 no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) pela autora Ludmila Oliveira, sob a orientação do coautor Brunello Stancioli, e na obra *Neurodireito e negócios jurídicos*, publicada em coautoria no ano de 2020, pela Arraes Editores.

têm uma manifestação de vontade consciente como elemento central (MELLO, 2001, p. 2-3).² Essa decisão é, para essa categoria de fatos jurídicos, nuclear. Assim, é de se indagar se as novas descobertas sobre o processo decisório humano influenciam (ou se deveriam influenciar) de algum modo a regulamentação dos atos jurídicos.³

Na quarta parte do artigo, será examinado *se e como* o modelo descritivo de tomada de decisões humanas vem sendo tratado pelo direito privado no CC e no CDC.

I. EM BUSCA DE UM MODELO DESCRITIVO DA TOMADA DE DECISÃO

Boécio (2005, p. 168) elaborou célebre definição de pessoa como “substância individual de natureza racional”, que predominou durante toda a Idade Média e ainda hoje reverbera. Apesar de permear o próprio conceito de ser humano, não há definição unívoca do que seria a “natureza racional”.

Não obstante a ausência de univocidade, o conceito etéreo do ser racional permeou o desenvolvimento das ciências, inclusive sociais. Na Economia, ganhou as vestes de *homo economicus*, apelidado de *Econs* por Thaler e Sunstein (2008, p. 9-10). Já no Direito, tomou a forma do “homem médio”. Ora, é fato que nós, seres humanos, somos capazes de tomar decisões sopestando custos e benefícios em vários aspectos melhor do que outras espécies animais, mas isso levou a uma aposta muito alta na racionalidade como base de um modelo adequado da forma como tomamos decisões em geral.

Haidt (2001, p. 815-816) recorda que a filosofia sempre endeusou a razão como símbolo da divindade, em oposição à emoção, signo da bestialidade de que deveriam se afastar os seres humanos. Conquanto no século XVIII alguns filósofos ingleses e escoceses, em especial David Hume, tenham proposto alternativas ao racionalismo, sugerindo que a razão serviria às emoções, o predomínio da ética kantiana impediu por muito tempo o desenvolvimento de estudos nessa direção.

Apostando na prevalência da racionalidade, foram desenvolvidos *modelos normativos* da tomada de decisão, que propunham que “os indivíduos buscavam maximizar seus benefícios e minimizar seus custos considerando todas as informações disponíveis, como *valores*,

...

2 O termo *ato jurídico* é aqui usado em sentido *lato*, como gênero em relação a negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*, de forma a abranger todos os fatos que tenham a vontade exteriorizada como elemento central.

3 Fato jurídico é gênero, do qual ato jurídico é espécie, e corresponde a todos os eventos que recebem a incidência das normas jurídicas: “[...] o fato jurídico é aquele acontecimento *capaz de produzir efeitos* (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas), trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo com que decorram tais consequências” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 572, grifo dos autores).

probabilidades e utilidades” (KLUWE-SCHIAVON *et al.*, 2018, p. 29, grifo dos autores). Entre tais modelos, podem ser citadas a “Teoria do valor esperado”, do matemático Blaise Pascal, e a “Teoria da utilidade esperada”, do matemático John von Neumann e do economista Oskar Morgenstern, que buscavam determinar critérios objetivos para retratar o processo decisório humano (KLUWE-SCHIAVON *et al.*, 2018, p. 29-33).

Esses modelos normativos adotam um conceito abstrato de indivíduo, que é capaz de deliberar de forma a maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, considerando toda a gama de informações disponíveis. São modelos que não se preocupam em aferir como os processos decisórios efetivamente são desenvolvidos, mas que se contentam em tratar os indivíduos como tipos ideais, sem respaldo na realidade.

Entretanto, no nosso cotidiano, dificilmente encontramos situações em que é possível identificar todas as opções possíveis e atribuir utilidade a todas as suas características para, então, ordená-las em termos de preferência. Ou seja, nas nossas decisões diárias, dificilmente utilizamos um modelo normativo para tomar uma decisão (KLUWE-SCHIAVON *et al.*, 2018, p. 34).

Ademais, estudos realizados desde o século passado em várias áreas vêm revelando que esse modelo de agente racional via de regra não corresponde à forma como tomamos decisões. A partir dessas constatações, começaram a ser desenvolvidos *modelos descritivos*, que visam compreender a forma como de fato tendemos a tomar decisões, baseados em tendências, influências e vieses diversos (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 12).

Os modelos descritivos afastam-se do estereótipo de *ser racional* para perquirir como, na prática, indivíduos decidem, premidos por circunstâncias de tempo, insuficiência de informações, atalhos mentais, influências externas, entre outros fatores. Por isso são denominados *descritivos*, pois, em vez de adotar um padrão de “racionalidade”, procuram descrever os processos de tomada de decisões.

Seguindo a divisão proposta no relatório do Banco Mundial (2015) *Mind, Society, and Behaviour*, pode-se dizer que três tendências orientam, na prática, a tomada de decisão: pensar (e decidir) automática e socialmente e com modelos mentais (WORLD BANK, 2015).

Essa divisão em três tendências orientativas da tomada de decisão é meramente didática, tanto que várias das constatações podem ser incluídas como exemplo de mais de um grupo, a depender do enfoque. O importante a perceber é que essas constatações revelam a insuficiência dos modelos de racionalidade humana e evidenciam que as escolhas são influenciadas por aspectos cognitivos, sociais e contextuais.

1.1. PENSANDO E DECIDINDO AUTOMATICAMENTE

Sob o termo genérico “pensar e decidir automaticamente”, agrupam-se as teorias do duplo processamento, que demonstram que somos capazes de fazer escolhas basicamente de dois modos: um rápido, automático, intuitivo, e outro deliberado, devagar e reflexivo. Para denominar esses dois modos de pensamento, já foram sugeridas várias nomenclaturas, entre elas o

par Sistema 1/Sistema 2, adotada, entre outros, por Kahneman (2012, p. 29). O autor destaca que os dois sistemas estão em constante interação, o Sistema 1 funcionando automaticamente, gerando impressões, intuições, intenções e sentimentos que, em geral, são adotados pelo Sistema 2 e tornam-se ações voluntárias. Apenas quando nos deparamos com alguma situação que exige o pensamento deliberado e reflexivo, por exemplo quando o Sistema 1 não oferece nenhuma sugestão de resposta, o Sistema 2 – cujo funcionamento é desconfortável, pois exige constante atenção – é ativado (KAHNEMAN, 2012, p. 31-35).

Kahneman aponta que a divisão de trabalho entre os dois sistemas é muito eficiente, pois geralmente o Sistema 1 cria modelos precisos para situações familiares e é capaz de fazer previsões de curto prazo acuradas e apresentar respostas rápidas e normalmente adequadas para os problemas. Para tanto, o Sistema 1 utiliza processos heurísticos, associativos e simplificações que são bastante úteis, pois reduzem a complexidade das tarefas envolvidas na tomada de decisão humana, mas muitas vezes podem levar a erros graves e sistemáticos, que configuram desvios-padrão, hoje cognominados vieses cognitivos (*cognitive biases*) (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 13).

A forma como os dois sistemas funcionam e interagem leva-nos a confiar sobremaneira nas soluções intuitivas e automáticas do Sistema 1, o que faz com que, muitas vezes, nem percebamos os vieses de nossas decisões.

1.2. PENSANDO E DECIDINDO SOCIALMENTE

Aqui merece destaque característica marcante do ser humano: sua sociabilidade. Estamos inseridos em contextos sociais, e a maioria das *pessoas* preocupa-se com o que os indivíduos ao seu redor estão fazendo, a posição que ocupam nos grupos sociais em que se inserem, bem como imita comportamentos de modo quase automático. A sociabilidade humana acrescenta uma camada de complexidade ao exame da tomada de decisões, especialmente na atualidade, em que a internet permite a criação de redes sociais virtuais de enormes dimensões.

A influência social nas escolhas humanas pode ser percebida por três perspectivas. Primeiro, a maior parte de nosso aprendizado se dá por meio de outras pessoas (INGOLD, 2011, p. 373-419). O cérebro humano está adaptado a mimetizar e, assim, aprender com outros seres humanos as habilidades necessárias à sobrevivência. Segundo, somos influenciados pelo que o comportamento de outras pessoas e grupos sugere que seria o melhor a pensar e a fazer, o que explica fenômenos como o “efeito manada”. Terceiro, importamo-nos com o juízo que nossos pares podem fazer de nós.

Vários estudos realizados a partir de experimentos propostos por Solomon Asch detectaram nossa tendência a conformar nossas escolhas ao grupo social. Em seus experimentos, Asch revelou que, quando instados a responder a um teste simples, os sujeitos quase nunca erravam, mas, quando as respostas eram dadas em grupos e os demais participantes propunham respostas incorretas, quase 75% das pessoas acompanhavam o grupo e cometiam os mesmos erros (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 3).

1.3. PENSANDO E DECIDINDO CONFORME MODELOS MENTAIS

À primeira vista, o termo pode gerar certa confusão com a categoria anterior, pois os modelos mentais são apreendidos em contextos sociais, derivados da cultura internalizada, de contextos compartilhados e das ideologias adotadas. Porém, o objeto de enfoque nessa categoria não é a forma como são assimilados, mas os esquemas mentais em si, as classificações, os estereótipos, as visões de mundo e os conceitos compartilhados pelos indivíduos de uma sociedade e que são utilizados na construção das representações mentais, essenciais ao pensamento humano em geral (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 15).

Os modelos mentais são incorporados de maneira a formar uma espécie de moldura que, muitas vezes, não é percebida pelos indivíduos, mas, mesmo assim, limita e delinea suas visões de mundo, sentimentos, ambições e decisões.

Um interessante exemplo da tendência de pensar e decidir conforme modelos mentais é citado no relatório do Banco Mundial (2015) e enfoca o estereótipo social das castas e os preconceitos respectivos. Em um experimento realizado na Índia, garotos de castas baixas mostraram-se tão capazes quanto os de castas mais elevadas de resolver quebra-cabeças quando a origem social não era revelada. Contudo, em grupos mistos, em que as castas de origem foram anunciadas, os garotos de castas baixas tiveram desempenho 23% inferior ao dos de castas mais altas (WORLD BANK, 2015, p. 12).

2. TOMADA DE DECISÃO EM DIFERENTES CONTEXTOS

Inicialmente, as evidências de que a tomada de decisão não se resume a um processo racional ficaram restritas à área do conhecimento em que surgiram, mas hoje se intercomunicam e espalham-se para vários campos, da economia ao esporte, passando pelo desenvolvimento de políticas públicas.

Provavelmente a área que mais tenha contribuído na busca de um modelo descritivo e também a que mais tenha sido influenciada pelas evidências que desbancam a racionalidade na tomada de decisões humanas seja a economia. Talvez a explicação esteja no fato de que a economia exige a criação de modelos aptos a fazer prognósticos e explicar eventos decorrentes, basicamente, de decisões humanas, o que lhe deu um campo fértil para estudo (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 18).

Um interessante exemplo do impacto das novas evidências sobre tomada de decisão na economia é o desenvolvimento da “Teoria da perspectiva” (ou da prospecção) pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, apresentada no artigo “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. Kahneman explica que a “Teoria da perspectiva” foi elaborada a partir da “Teoria da utilidade esperada”, que é um modelo prescritivo da tomada de decisão humana baseado em axiomas de racionalidade. Como psicólogos, Tversky e Kahneman buscavam compreender como tomamos decisões na prática, ou seja, visavam desenvolver um modelo descritivo do processo decisório.

Assim, partindo da “Teoria da utilidade esperada” e considerando os processos cognitivos e vieses já identificados, Tversky e Kahneman propuseram que os agentes avaliam e comparam a utilidade do valor final relativamente a um ponto de referência e não mediante a comparação de dois estados estanques de riqueza, como sugere a “Teoria da utilidade esperada” (FIGUEIRÊDO, 2018, p. 187). Kahneman explicita que há três características cognitivas centrais para a “Teoria da perspectiva”, duas delas já identificadas pelos autores como heurísticas em trabalhos anteriores à publicação do citado artigo: 1) a avaliação é relativa a um ponto de referência neutro que, para resultados financeiros, usualmente é o *status quo*; 2) apresentamos sensibilidade decrescente tanto a dimensões sensoriais como à avaliação de mudanças de riqueza; 3) aversão à perda, característica evolucionária explicada pelo fato de que “organismos que tratam ameaças como mais urgentes do que as oportunidades têm uma melhor chance de sobreviver e se reproduzir” (KAHNEMAN, 2012, p. 350-351).

Entretanto, não é apenas na seara da economia que a quebra do paradigma da racionalidade teve repercussão. Na obra coletiva *Julgamento e tomada de decisão*, são apresentados exemplos dos impactos que as novas evidências sobre tomada de decisões tiveram no contexto esportivo (PRAÇA e ALBUQUERQUE, 2018, p. 199-218), na área da medicina e da saúde pública (BRUST-RENCK, 2018, p. 219-241), em especial no tratamento de transtornos relacionados ao uso de substâncias entorpecentes (KLUWE-SCHIAVON e SANVICENTE-VIEIRA, 2018, p. 243-267), entre outros.

Também com base nessas descobertas, Thaler e Sunstein sugerem intervenções que poderiam facilitar e melhorar nossas escolhas em vários contextos envolvendo decisões difíceis e raras, para as quais não se recebe uma resposta imediata que permita readequar a escolha feita ou quando é complicado traduzir aspectos da situação em termos de fácil compreensão (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 1). Essas intervenções foram apelidadas de *nudges* (cutucões) e sua adoção é defendida como forma de um “paternalismo libertário” (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 6-9). Os autores apresentam sugestões na área das finanças, com destaque para mercados de crédito, previdência privada, poupança e investimentos, doação de órgãos, emissão de poluentes, entre outras.

A título de exemplo, Thaler e Sunstein demonstram que, em geral, as pessoas têm enorme dificuldade em investir de modo a garantir a formação de poupança adequada para a aposentadoria, problema que também é evidente no Brasil. Sugerem, assim, a adoção de políticas públicas que incentivem a adesão a planos de previdência, bem como que estimulem escolhas de investimento que garantam a formação de poupança adequada para a aposentadoria, a exemplo de programas de aumento progressivo de contribuições previdenciárias (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 1-21).

As potencialidades são tão grandes que o Banco Mundial (2015) editou o já citado relatório *Mind, Society, and Behaviour*, em que sintetiza resultados de pesquisas nas três linhas de abordagem (pensar *automática* e *socialmente* e com *modelos mentais*) e insta os formuladores

de políticas públicas a utilizarem essas evidências para a formatação de iniciativas mais adequadas para dirigir as decisões e o comportamento humano para os objetivos pretendidos.

Como exemplo, mencionam-se no relatório campanhas na área da saúde que, informadas pelos achados sobre o processo decisório, reúnem *informação* sobre como a mudança de comportamento melhorará a saúde, *demonstração do comportamento* a ser adotado, *redução das barreiras* para a adoção da nova conduta, *criação de um sistema de suporte social* para apoiar aqueles que optarem pela mudança, *fornecimento dos meios* necessários à mudança de hábito e estabelecimento de uma *base de apoio* interpessoal, impressa, via rádio, televisão e outros meios de comunicação (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 20).

Para ilustrar, cita-se campanha realizada em Bangladesh, em 2006, para incentivar o uso de zinco, em conjunto com a reidratação oral, no combate à diarreia em crianças. A iniciativa reuniu medidas de publicidade (pratos de jantar pintados), engajamento comunitário e apoio social (encontros públicos), divulgação de exemplos (em peças de teatro, dramatizações no rádio e seriados televisivos) e anúncios públicos, como riquixás adesivados. Como resultado, a campanha induziu o aumento do consumo de zinco de zero para mais de 75% (WORLD BANK, 2015, p. 146-147).

3. TOMADA DE DECISÃO NO CONTEXTO JURÍDICO

A divisão do saber em áreas de conhecimento serve a fins didáticos, mas é preciso evitar que essa separação contamine nossa percepção do mundo. A realidade não é dividida em setores estanques, incomunicáveis. Os fatos e suas repercussões não estão limitados por áreas de estudo, e uma melhor compreensão da realidade recomenda haurir contribuições de vários campos do saber.⁴

Assim, é de se esperar que as evidências que revelam que as pessoas tomam suas decisões, na maior parte das vezes, não de forma reflexiva e ponderada, mas de maneira automática e intuitiva, com apoio em processos heurísticos e associativos, de acordo com o contexto e

...

4 É ilustrativo o comentário de Kahneman sobre como as divisões em áreas de estudo podem turvar nossa percepção do mundo:

“Um dia, no início dos anos 1970, Amos [Tversky] me passou o ensaio mimeografado de um economista suíço chamado Bruno Frey, que discutia os pressupostos psicológicos da teoria econômica. [...] Bruno Frey mal se lembra de ter escrito o texto, mas sou capaz até hoje de repetir sua sentença de abertura: ‘O agente da teoria econômica é racional e egoísta e seus gostos não mudam’.

Fiquei pasmo. Meus colegas economistas trabalhavam no prédio ao lado, mas eu nunca percebera a profunda diferença que havia entre nossos mundos intelectuais. Para um psicólogo, é evidente que as pessoas não são nem completamente racionais, nem completamente egoístas, e que seus gostos podem ser tudo, menos estáveis. Nossas duas disciplinas pareciam estar estudando diferentes espécies, que o economista comportamental Richard Thaler depois batizou Econs e Humanos” (KAHNEMAN, 2012, p. 350).

influenciadas pelos grupos sociais que integram e modelos mentais que incorporaram, sejam encontradas também no contexto jurídico.

Afinal, conceitos como *Econs*, *homo economicus* ou “homem médio” talvez tenham alguma utilidade prática nas respectivas áreas, mas não podem encobrir o fato de que as disciplinas estudam o mesmo fenômeno, qual seja, o comportamento humano, ainda que sob diferentes aspectos (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 21).

Nessa linha, no artigo “Julgamento e tomada de decisões no Direito”, Cardoso e Horta (2018, p. 143-168) compilam vários estudos, realizados principalmente nos Estados Unidos da América e na Europa, que corroboram que, também nos contextos judiciais, as decisões são tomadas automática e socialmente e conforme modelos mentais.

Em relação à tendência de pensar e decidir automaticamente, os autores apontam que muitos dos julgamentos e das decisões com repercussões jurídicas emanam de intuições automáticas, padronizadas e, por isso, sujeitas a diversos vieses. Para corroborar a constatação, citam, entre outros, pesquisa realizada na Alemanha que confirmou o fenômeno da *ancoragem*, revelando que fatores irrelevantes, como o lançamento de um dado, no caso do estudo, têm influência significativa sobre o julgamento. Em uma amostra de 52 juristas, verificou-se que, solicitados a proferir uma sentença a partir da leitura de um caso criminal e após o lançamento de dados, os sujeitos expostos a números maiores propuseram penas significativamente mais altas do que aqueles expostos a valores inferiores, como era esperado em razão do efeito da ancoragem (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 149-150).

Já no que se refere à influência da sociabilidade na tomada de decisões no Direito, Cardoso e Horta lembram que os magistrados, assim como as demais pessoas, estão inseridos em um contexto social em que “os valores, as normas e as preferências compartilhados por membros de seu grupo de convivência influenciam sua percepção e orientam suas ações” (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 153). Não por outra razão, cientistas sociais vêm, há algum tempo, apontando a necessidade de incluir “nos modelos explicativos do comportamento judicial, variáveis extrajurídicas que consistem em motivações do âmbito social, como a autoestima, a reputação, o prestígio profissional e acadêmico, e o reconhecimento de seus pares” (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 153).

Para ilustrar o fenômeno, os autores destacam o grave problema do racismo institucionalizado, que foi identificado na aplicação do Teste de Associação Implícita em 133 juizes norte-americanos. Referido teste foi desenvolvido para aferir julgamentos automáticos e é utilizado no estudo de associações entre estereótipos negativos inconscientes e grupos específicos, demonstrando a existência do preconceito mesmo quando o sujeito não o percebe (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 155).

Quanto ao peso dos modelos mentais nos julgamentos e na tomada de decisões judiciais, Cardoso e Horta rememoram que, nas faculdades e nos livros didáticos, propaga-se que o Direito deve ser interpretado conforme princípios e regras jurídicas, com uso de técnicas e métodos interpretativos em um contexto discursivo-argumentativo. Contudo, as

evidências já mencionadas revelam que esse método de interpretação jurídica não condiz com a prática, pois os julgadores, assim como as demais pessoas, utilizam esquemas mentais internalizados da cultura em que estão inseridos e ideologias que adotam para compreender o mundo e tomar decisões, inclusive no contexto profissional (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 156).

Como exemplo desse fato, os autores mencionam estudos que corroboram o “fenômeno do *raciocínio motivado*, segundo o qual o raciocínio dos seres humanos é guiado pela motivação de confirmar crenças preestabelecidas” (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 157-158, grifo dos autores). Pode-se lembrar aqui da sintética imagem do *cachorro emocional e seu rabo racional*, que dá título ao artigo em que o psicólogo Jonathan Haidt explica o modelo social-intuicionista dos julgamentos morais. Segundo Haidt (2001, p. 817-819), os julgamentos morais são intuitivos e somente *a posteriori* buscamos fundamentos para justificá-los, ou seja, não são as razões que formam os juízos morais, assim como não é o rabo que balança o cachorro.

Nesse contexto, Cardoso e Horta expõem recente estudo que investigou o que teria maior peso na decisão de confirmar uma condenação, a jurisprudência ou as características pessoais do réu. Trinta juízes analisaram um caso julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, mas alternando a apresentação de jurisprudência favorável e desfavorável, bem como as características pessoais do condenado – se era ressentido com o conflito ou adotava uma postura conciliatória. Os pesquisadores concluíram que preponderaram na decisão final as características pessoais e não a jurisprudência, revelando um afastamento da orientação jurídica de que se julga o fato e não a pessoa (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 157).

Também no Brasil as novas evidências sobre o processo decisório já serviram de subsídio para estudos na área do Direito, mais especificamente no campo do direito processual civil. Na tese de doutorado *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, Eduardo José da Fonseca Costa (2016) apresenta noções sobre sistema dual de pensamento e analisa alguns vieses cognitivos que podem afetar a imparcialidade exigida dos juízes, sugerindo mecanismos para evitá-los (*debiasing*), mediante acionamento do Sistema 2, ou isolá-los (*insulating*), de modo que não contaminem as decisões judiciais.

Para ilustrar, cita como mecanismo de desviesamento a adoção de intervalo de tempo entre a instrução processual e a prolação da sentença, para que o Sistema 2 possa ser acionado e assuma o controle do processo decisório. Como exemplo da técnica de isolamento, sugere impedir que o juiz que concedeu tutela sumária com base em juízo de probabilidade do Direito decida o mérito do feito, para isolar os efeitos do *viés de confirmação* e do *lock-in-effect*.⁵

...

⁵ Nos casos em que os juízes fazem um julgamento liminar, há tendência significativa a manter a decisão inicial, mesmo diante de novas provas e informações (CARDOSO e HORTA, 2018, p. 153).

Na mesma linha, na obra *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais*, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron (2018) examinam alguns vieses cognitivos que podem interferir na atividade jurisdicional e fornecem hipóteses de desenviesamento (*debiasing*) preventivo e corretivo, em interlocução com as teorias de argumentação jurídica de Robert Brandom e da integridade de Ronald Dworkin.

4. TOMADA DE DECISÃO NO DIREITO PRIVADO

Na esfera do direito privado, os atos jurídicos são figura central, e o elemento principal de seu suporte fático, qual seja, a manifestação de vontade consciente, nada mais é que a exteriorização de uma decisão.

A passagem do fato (manifestação de vontade) para o mundo jurídico, em que se torna *ato jurídico*, ocorre por meio do preenchimento dos requisitos de validade, ou seja, dos pressupostos legais exigidos para que o ato possa produzir efeitos jurídicos. Os requisitos de validade funcionam como uma espécie de filtro, como um conjunto de parâmetros que devem ser atendidos para que o ato seja assimilado pela ordem jurídica e possa gerar os efeitos previamente definidos. Por outro lado, caso não observados os requisitos de validade, o ato ingressa no mundo jurídico de maneira defeituosa, sendo rejeitado pelo ordenamento, que o repele, com a pecha de invalidade (VILLELA, 1982, p. 262-263).

Fiando-se na tripartição dos planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), desenvolvida por Hans Kelsen e divulgada no Brasil por Pontes de Miranda (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 573-574), vários autores nacionais sustentam que os requisitos de validade são uma qualificação dos pressupostos existenciais do ato (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p. 599), mas fato é que somente ao atender aos requisitos de validade há aptidão para produção de efeitos jurídicos.

O art. 104 do CC traz os requisitos de validade do negócio jurídico, extensíveis a todos os atos jurídicos por força do art. 185: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Veja-se que, apesar de constitutiva do conceito de ato jurídico, a vontade do agente racional, se assim podemos qualificá-la, não é mencionada entre os requisitos de validade no dispositivo mencionado. Não obstante, ao longo do CC o legislador possibilita inferir alguns dos requisitos para que a vontade exteriorizada seja considerada apta a produzir efeitos jurídicos, em especial na regulamentação dos chamados *defeitos do negócio jurídico* (arts. 138 a 165 do CC) (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 31).

A leitura dos dispositivos legais pertinentes revela que o legislador, em vez de elencar características que reputa necessárias para que a vontade exteriorizada seja considerada válida, enumerou hipóteses em que considera que a tomada de decisão não é idônea a produzir efeitos jurídicos.

Analisando tais hipóteses, podemos separá-las em três grupos: 1) situações em que o sujeito age com desconhecimento da realidade (erro ou ignorância – arts. 138 a 144 do CC); 2) situações em que o agente exterioriza vontade sob controle de circunstâncias exteriores (dolo, coação, estado de perigo e lesão – arts. 145 a 157 do CC); e 3) casos em que o agente fraudula a lei (fraude contra credores e simulação – arts. 158 a 165 do CC).

Considerando a quantidade de defeitos em cada um dos grupos, pode-se afirmar que a principal preocupação do legislador é com o controle por influências externas ao agente, o que sugere o intuito de proteger um ideal de livre-arbítrio:⁶

Não sou livre, certamente, se minhas ações são controladas por outra pessoa: se, por exemplo, meus desejos e crenças são simplesmente irrelevantes em relação ao que acabo fazendo. Se alguém me manipula fisicamente, ou me aponta uma arma para a cabeça, então a origem das minhas ações não se encontra em mim, são controladas por outros, e eu não sou responsável por elas. (LEVY, 2014, p. 321, tradução dos autores)

É preciso destacar que as influências externas que se busca afastar na regulamentação dos defeitos do negócio jurídico não equivalem à tendência de pensar socialmente (item 1.2, *supra*). Os achados que apontam o impacto da sociabilidade no processo decisório revelam que atuamos em contextos sociais, em que somos *influenciados* por outras pessoas e nos preocupamos com nossa posição social, o que é muito diferente da decisão tomada *sob controle*, dirigida por uma circunstância externa, como nos defeitos do negócio jurídico citados anteriormente.

Ainda que perfunctória, a análise dos requisitos de validade e defeitos dos atos jurídicos permite concluir que as descobertas referentes à tomada de decisão não foram uma preocupação do legislador brasileiro no CC de 2002. Nem entre os requisitos de validade do ato jurídico, nem na regulamentação de seus defeitos se percebe alguma atenção com o processo decisório conforme compreendido pelas descobertas mais recentes, nem com os obstáculos que podemos enfrentar ao pensar automática e socialmente e conforme modelos mentais.

A impressão que se tem é de que, embora o legislador não tenha expressamente adotado a teoria da racionalidade do sujeito de direitos, presume que o agente capaz, desde que ausente controle advindo de causas externas, esteja apto a adquirir toda a informação necessária, sopesar todos os dados coligidos e então tomar a decisão mais consentânea com suas expectativas (EISENBERG, 1995, p. 211-214).

...

⁶ O trecho citado bem ilustra a afirmação, mas não é o objetivo neste artigo adentrar nas discussões sobre livre-arbítrio e determinismo e as correntes compatibilistas, incompatibilistas e libertaristas. Sobre vontade e controle, *vide* Beauchamp e Faden (1988, p. 239).

O regime de capacidades no CC não é centrado em cada ato individualizado, mas nas condições pessoais do agente, no seu grau de cognição e na forma de expressão da vontade. Ou seja, o regime brasileiro de capacidades não tem por escopo aferir se, em cada caso concreto, a vontade expressada apresenta qualidade suficiente para produzir os efeitos típicos do ato praticado, pois busca verificar se o *indivíduo* possui condições intelectuais genéricas de compreensão e discernimento para a prática de todos ou alguns atos jurídicos (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 34).

Na redação original do CC de 2002, partia-se do pressuposto de que, se o agente possuísse o *discernimento necessário*, estaria apto a decidir em qualquer momento e contexto, sobre qualquer questão, de maneira consentânea com seus valores e interesses. Segundo Schmidt Neto e Facchini Neto (2018, p. 66):

A pressuposição básica que subjaz aos mais variados institutos jurídicos consiste na premissa de que o ser humano maior e capaz caracteriza-se por sua liberdade e racionalidade. Como tal, é livre para escolher entre condutas a adotar. A escolha entre as diversas alternativas é fruto de uma reflexão racional.

Contudo, como revelam as já mencionadas descobertas sobre tomada de decisão, mesmo pessoas com *discernimento necessário* decidem de forma automática, influenciadas por grupos e contextos sociais e limitadas por modelos mentais, o que pode distanciar as escolhas do modelo de deliberação refletida, que parece ínsito ao conceito de *agente capaz*.

Reconhecer que o agente capaz não deve ser tido por autossuficiente e racional deve levar o Direito a criar mecanismos para que as decisões com repercussões jurídicas sejam tomadas da melhor forma possível, considerando tanto a condição subjetiva do indivíduo como fatores contextuais (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 45).

Nesse sentido, há no CDC (Lei n. 8.078/1990) dispositivos legais que sugerem que, no contexto do mercado de consumo, a tomada de decisões pelo consumidor mereceu maior atenção do legislador. Nesse diploma legal, há o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I) e o constante incentivo ao fornecimento de informação (art. 4º, IV; art. 6º, II e III; art. 8º; art. 9º; art. 31; art. 36, parágrafo único). A lei consumerista também veda a publicidade e as práticas abusivas e enganosas, que são conceituadas de *forma ampla*, incluindo qualquer modalidade capaz de induzir em erro o consumidor a respeito dos produtos e serviços comercializados ou de estimulá-lo a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 6º, IV; art. 37; art. 39; art. 51) (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 64).

A conceituação da publicidade e das práticas abusivas e enganosas de forma ampla possibilita o controle de condutas que, valendo-se das tendências de pensar e decidir automática e socialmente e conforme modelos mentais, possam levar o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Duas decisões judiciais lembradas por Marques (2019, p. 911-912) podem servir para ilustrar o papel da publicidade e das práticas abusivas e enganosas como mecanismo de proteção

dos processos decisórios do consumidor, ambas prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

Caracteriza-se propaganda enganosa a prática, por estabelecimento comercial participante da campanha “Liquida Porto Alegre”, de fevereiro de 1997, de veiculação de publicidade anunciando mercadorias cujos preços estavam iguais e, no caso de alguns produtos, até superiores aos praticados anteriormente à referida campanha, já que os consumidores foram enganados na medida em que, atraídos pela grande publicidade do evento liquidatório, dirigiram-se ao estabelecimento pensando encontrar produtos à venda com preços mais baixos, no que foram negativamente surpreendidos. Em assim agindo, infringiu, o estabelecimento comercial, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 37 e correlatos, sendo condenado a veicular contrapropaganda e a pagar indenização ao fundo de restituição de bens lesados, de acordo com o art. 13 da Lei 7.347/1985. Apelação não provida. (TJRS, Ap. Cív. 598498970, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. 17.02.1999)

Consumidor – Empréstimo consignado – Publicidade enganosa tendo por foco hipossuficiente, tratando a operação como se fosse um “prêmio” – Indução em erro – Caso concreto – Matéria de fato – Anulação do contrato – Devolução das parcelas descontadas – Sentença mantida – Recurso desprovido – Unânime. (TJRS, 3ª T. Recursal Cível, Rec. Civ. 71002139400, rel. João Pedro Cavalli Jr., j. 25.02.2010)

Pode-se interpretar ambos os casos como de propagandas que se valeram da tendência a pensar conforme modelos mentais para atrair o consumidor com algo reputado vantajoso – liquidação, prêmio –, mas que frustraram essa expectativa de forma abusiva.

Ainda a corroborar que o legislador reconhece os percalços na tomada de decisão pelo consumidor, a Lei n. 8.078/1990 expressamente veda a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deveria saber apresentar “alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança” (art. 10 do CDC). Ora, sabe-se que uma das maiores dificuldades no processo decisório é precisamente a avaliação de riscos, realizada com base em informações de validade limitada, processadas segundo regras heurísticas, a exemplo da representatividade, disponibilidade e ancoragem e ajustamento, que podem ensejar a ocorrência de desvios sistemáticos (vieses cognitivos).

Exatamente para evitar que erros e vieses cognitivos dos consumidores na avaliação de riscos subestimem o alto grau de periculosidade e nocividade de determinada mercadoria, o legislador optou por agir preventivamente e proibir a introdução desses produtos no mercado (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 64-65).

Aqui, como exemplo, pode-se lembrar da tendência em pensar socialmente que influencia o consumo de vários produtos ligados à estética, como as substâncias destinadas ao emagrecimento. Em busca de um ideal de corpo, as pessoas estão dispostas a adquirir e consumir subs-

tâncias propagandeadas como capazes de promover perda de peso acelerada sem grandes mudanças de hábito. Muitas vezes, essas substâncias são comercializadas sem nenhuma comprovação de eficácia e até com riscos à saúde. Em razão do perigo de que o grau de periculosidade e nocividade desses fármacos seja subestimado, tais produtos são submetidos não apenas à proibição genérica do CDC, mas também à fiscalização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Também na regulamentação dos contratos de adesão, o legislador consumerista demonstra preocupação com a tomada de decisão pelo consumidor ao exigir, no § 4º do art. 54, que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser *redigidas com destaque*, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. A redação em destaque das cláusulas limitadoras de direito do consumidor alinha-se à descoberta de que a atuação do Sistema 2 (deliberativo, reflexivo) pode ser atraída pela criação de uma *tensão cognitiva*, em oposição a uma situação de conforto cognitivo, que permite a livre atuação do Sistema 1 (automático, intuitivo). Kahneman explica que “a experiência da tensão cognitiva, seja qual for sua origem, tende a mobilizar o Sistema 2, mudando a abordagem que as pessoas fazem dos problemas de um modo intuitivo casual para um modo mais empenhado e analítico” (2012, p. 85-86).

O dado surpreendente e contraintuitivo que Kahneman apresenta é que a tensão cognitiva ativadora do Sistema 2 é trazida com o desconforto do sujeito, por exemplo pelo uso de uma tipologia ruim e ilegível, que enseja um estado de alerta e atenção (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 65).

Assim, o destaque das cláusulas que implicam limitação de direito do consumidor figura como uma forma de se contrapor à tendência de pensar automaticamente.

Enfim, comparando as normas pertinentes à tomada de decisão no CC e no CDC, é possível afirmar que, apesar de ser cronologicamente anterior, a lei consumerista mostra-se muito mais alinhada às descobertas científicas, o que não é surpreendente, tendo em vista o longo tempo de tramitação do CC de 2002 (o Projeto de Lei n. 634-D, que lhe deu origem, é datado de 1975).

Além das normas já citadas, que revelam a preocupação da legislação consumerista com a tomada de decisão pelo consumidor, também os mecanismos jurídicos propostos pela Lei n. 8.078/1990 mostram-se mais adequados para possibilitar a melhoria dos processos decisórios. Veja-se que, ao legislar sobre os requisitos de validade e defeitos dos atos jurídicos, o CC traz, como única consequência, a invalidade (nulidade e anulabilidade) dos atos (arts. 166, 167 e 171). Ora, ainda que lida sob a ótica dos princípios da boa-fé e da conservação do negócio jurídico (arts. 170, 172, 174, 176, 184 e 422 do CC), a invalidade é uma sanção extrema e que não admite gradação pelo aplicador do Direito.⁷

...

7 A definição da invalidade (gênero) como nulidade e anulabilidade (espécies) é dada pelo legislador, que também já indica o regime jurídico de cada uma, não concedendo espaço ao aplicador do Direito para adequar a sanção às peculiaridades do quadro fático.

Ademais, a mera previsão de invalidade não permite prevenir os obstáculos recorrentes na tomada de decisão nem contribui para melhorar a forma como as pessoas decidem. Ora, há muito o Direito deixou de utilizar sanções repressivas como único instrumento para consecução de seus objetivos, já tendo incorporado em seu repertório as sanções premiais e, mais recentemente, mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais, também conhecidos como *nudges* (cutucões).

Os estímulos comportamentais buscam criar mecanismos para que a decisão seja direcionada em determinado sentido, mas sem excluir a possibilidade de opção diversa. Thaler e Sunstein sustentam que tais estímulos podem ser fornecidos por meio de uma *arquitetura da decisão* adequada, que indica o caminho a ser seguido, mas sem eliminar as demais alternativas. Os autores conceituam arquitetura da decisão como o contexto em que as pessoas tomam suas decisões e que, ainda que não percebam, afeta suas decisões (como visto no item 1, *supra*). Como exemplo de um *arquiteto da decisão*, citam o encarregado de posicionar os alimentos em uma cantina escolar, apontando que a *forma* com que são apresentados (por exemplo, com destaque para alimentos ou mais saudáveis, ou mais caros, ou que as crianças sabidamente preferem, ou, ainda, aleatoriamente) interfere na escolha que os alunos farão ao selecionar seus lanches (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 1-9).

Ainda segundo Thaler e Sunstein, os *nudges* são informados pelos achados das ciências sociais e neurociências sobre a tomada de decisões pelas pessoas e buscam influenciar seu comportamento para que tenham vidas mais longas, melhores e mais saudáveis. Não implicam a vedação de nenhum tipo de comportamento nem a mudança significativa dos incentivos econômicos envolvidos. Além disso, para serem considerados *nudges*, devem ser facilmente evitáveis, pois se trata de estímulos e não ordens a serem seguidas (THALER e SUNSTEIN, 2008, p. 7-9).

Pode-se vislumbrar um exemplo de *nudge* no CDC dirigido não aos consumidores, mas aos fornecedores, ao prever que serviços prestados e produtos remetidos ou entregues ao consumidor sem prévia solicitação são equiparados às amostras grátis (art. 39, III e parágrafo único). Com isso, o legislador visa evitar uma prática abusiva, não via imposição de sanção, mas pela prévia definição de um contexto para a tomada de decisão.

Além dos estímulos comportamentais, o dever de fornecer determinadas informações ou de observar a forma indicada para tanto é considerado um mecanismo legal para incrementar o processo decisório. Segundo Calo (2014, p. 787), ao determinar a divulgação de informações, o legislador presume que há uma lacuna de conhecimento entre as partes, que o dever de informar permite colmatar, dessa forma possibilitando que o agente tome melhores decisões por possuir maior domínio dos fatos pertinentes.

Ora, o CDC é pródigo em impor deveres de informação aos fornecedores de produtos ou serviços, com escopo de municiar os consumidores para que façam melhores escolhas. Um exemplo é o previsto no art. 52, que impõe deveres de informação específicos no fornecimento de produtos ou serviço com concessão de financiamento ao consumidor (preço,

montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, acréscimos, número e periodicidade das prestações, soma total a pagar, com e sem financiamento)⁸ (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 67).

Veja-se que um aprofundamento dessa exigência de noticiar informações na concessão de crédito para incluir também a comparação com outras modalidades de financiamento já foi empiricamente estudado e demonstrou potencial de reduzir a contratação de produtos mais onerosos por pessoas de baixa renda. Consoante citado no relatório do Banco Mundial (2015), alguns trabalhadores receberam, junto com o pagamento, um envelope com parcas informações sobre a contratação de um “empréstimo de dia do pagamento” (Figura 1), enquanto outros receberam dados mais detalhados, inclusive comparando aquela modalidade de empréstimo com outras alternativas (Figura 2). No grupo daqueles que receberam o envelope com informações mais detalhadas, houve queda de 11% na contratação dessa modalidade mais onerosa de crédito nos quatro meses seguintes (WORLD BANK, 2015, p. 32-33).

FIGURA 1 – MODELO DE ENVELOPE COM POUCAS INFORMAÇÕES SOBRE O EMPRÉSTIMO



Fonte: World Bank (2015, p. 32-33), tradução dos autores.

...

- 8 “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:
- I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
 - II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
 - III – acréscimos legalmente previstos;
 - IV – número e periodicidade das prestações;
 - V – soma total a pagar, com e sem financiamento.”

FIGURA 2 – **MODELO DE ENVELOPE COM DADOS DETALHADOS E COMPARATIVO DE EMPRÉSTIMO**

Quanto vai custar em taxas ou juros se você pedir um empréstimo de R\$ 300,00

EMPRÉSTIMO CONSIGNADO <small>(assumindo que a taxa de juros a cada duas semanas é de R\$ 15,00 por cada R\$ 100,00 emprestados)</small>		CARTÃO DE CRÉDITO <small>(assumindo uma taxa de juros anual de 20%)</small>	
Se você pagar em:		Se você pagar em:	
2 semanas	R\$ 45,00	2 semanas	R\$ 2,50
1 mês	R\$ 90,00	1 mês	R\$ 5,00
2 meses	R\$ 180,00	2 meses	R\$ 10,00
3 meses	R\$ 270,00	3 meses	R\$ 15,00

Fonte: World Bank (2015, p. 32-33), tradução dos autores.

Nesse contexto, a utilização de estímulos comportamentais (*nudges*) e a imposição de deveres de informação, já adotadas em alguns pontos no CDC, mostram-se mais adequadas para incorporar ao Direito as evidências sobre tomada de decisões do que o enfoque unicamente em mecanismos de invalidação, como os requisitos de validade e defeitos dos negócios jurídicos. Afinal, têm o potencial de melhorar a forma como as pessoas decidem, evitando os percalços causados pelo pensar automática e socialmente e conforme modelos mentais.

Isso não implica dizer, contudo, que o CDC seja suficiente para tratar adequadamente de todas as descobertas acerca da tomada de decisão na esfera do direito privado, até mesmo porque se trata de regulamentação de relações específicas (consumeristas). Não obstante, a comparação entre a normatização posta no CC, centrada no mecanismo binário da validade/invalidade, e a já existente no CDC, que propõe novos instrumentos, como estímulos comportamentais (*nudges*) e deveres de informação (*disclosure*), serve para *ilustrar* caminhos mais apropriados para trazer ao Direito as evidências hauridas de outras ciências sociais e da neurociência sobre nosso processo decisório e contribuir para melhorá-lo (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 68-69).

Decerto, estímulos comportamentais e deveres de informação não são uma panaceia para incorporar todas as evidências sobre processos decisórios nem se vislumbra a iminência de uma “revolução” na seara dos negócios jurídicos. Tanto que, apesar de festejados por muitos, os estímulos comportamentais sofrem críticas no que se refere à sua legitimidade, pois são vistos por alguns como uma influência indevida na esfera de liberdade do indivíduo, configurando paternalismo incompatível com a autonomia.

A essas objeções, Sunstein lembra que alguma arquitetura da decisão, ou seja, um contexto no qual a escolha é feita, é inafastável. Ambientes de trabalho são organizados para

estimular determinadas condutas consideradas desejáveis para a produtividade, já lojas de departamento dispõem seus produtos de forma a incitar o consumo, enquanto lojas de artigos de luxo são planejadas e decoradas para sugerir gosto refinado e exclusividade (SUNSTEIN, 2016, p. 22).

No cenário dos contratos de massa, a arquitetura da decisão – que inevitavelmente estimula determinados comportamentos – fica totalmente a cargo dos proponentes, que formatam não apenas o ambiente em que é realizado o ato de consumo, mas o próprio objeto e a forma dos contratos. E o instituto das cláusulas abusivas tem por escopo apenas afastar os casos mais evidentes de desvantagem ao consumidor, destarte possibilitando o uso de vários estímulos comportamentais que não se mostrem prejudiciais ao aderente, conquanto beneficiem o proponente (STANCIOLI e OLIVEIRA, 2020, p. 78).

Ora, se o ordenamento jurídico permite estímulos comportamentais inseridos nos contratos de massa pelos proponentes em seu favor, desde que não sejam desvantajosos para os aderentes, por que não poderia aceitar indução de condutas voltadas a beneficiar o consumidor, por meio da melhoria de seu processo decisório?

Nessa linha, pode-se pensar, inclusive, em remodelar a utilização dos elementos naturais dos negócios jurídicos como mecanismo de incremento da tomada de decisão. *Elementos naturais* são aqueles que fazem parte de um negócio jurídico de forma implícita, por força de seu regimento legal próprio, na forma de cláusulas supletivas do contrato, mas que podem ser afastadas pela vontade das partes (VASCONCELOS, 2002, p. 71-75). Como exemplo, pode-se citar a garantia da evicção, na compra e venda.

Via de regra, os elementos naturais dos negócios jurídicos são modelos regulativos que o legislador recolhe da vida prática (VASCONCELOS, 2002, p. 89), mas nada impede que sejam usados deliberadamente como as regras-padrão (*default*), que são elencadas por Sunstein (2014, p. 3-4) como uma das técnicas de indução comportamental. As regras-padrão são caracterizadas como a opção predefinida, que pode ser alterada mediante escolha ativa do interessado.

Transportando a técnica para a categoria dos elementos naturais dos negócios jurídicos, pode-se pensar, por exemplo, na fixação de cláusulas supletivas que favoreçam o equilíbrio contratual e a melhoria do processo decisório, principalmente em áreas cuja compreensão e escolha sejam notoriamente difíceis, como na contratação de seguros, financiamentos e planos de saúde.

Vale ainda lembrar que, diversamente da imposição da sanção de invalidade, que exige lei *stricto sensu*, os estímulos comportamentais e a imposição de deveres de informação podem, muitas vezes, ser criados via normas infralegais, em especial por órgãos administrativos competentes para a regulamentação de determinados setores, como os órgãos de defesa do consumidor (art. 55 do CDC), o Banco Central do Brasil (art. 9º da Lei n. 4.594/1964), o Conselho Monetário Nacional (art. 4º, VI e VIII, da Lei n. 4.594/1964), a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 19 da Lei n. 9.472/1997), a Agência Nacional de Energia Elétrica (art. 3º,

XIX, da Lei n. 9.427/1996), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (art. 9º, § 2º; art. 17-A, § 6º; art. 29-A da Lei n. 9.656/1998), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (art. 20, II; art. 24, IV, da Lei n. 10.233/2001), a Superintendência de Seguros Privados (art. 36, “b”, do Decreto-lei n. 73/1966), entre outros.

CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foram destacadas algumas descobertas da psicologia e da neurociência acerca da tomada de decisões pelas pessoas que põem em xeque modelos baseados em processos puramente racionais e revelam a preponderância de outros mecanismos, formados por hábitos, heurísticas, processos associativos e substitutivos, influências do contexto e dos grupos sociais.

Para fins didáticos, esses achados foram divididos em três grupos, que demonstram as tendências das pessoas em pensar e decidir automática e socialmente e conforme modelos mentais. Esses novos modelos, que buscam *descrever* a forma como efetivamente tomamos decisões, afastam-se de propostas prescritivas baseadas em suposições não amparadas empiricamente sobre a racionalidade humana. Além disso, indicam a necessidade de que as ciências sociais construídas a partir de um paradigma de racionalidade, inclusive o Direito, sejam atualizadas para incorporar as descobertas sobre a forma como decidimos, bem como para contribuir com a melhoria da tomada de decisão em um mundo cada vez mais complexo.

Em seguida, foram apresentados alguns impactos que essas evidências já causaram em diversos contextos, com destaque para a economia e a formulação de políticas públicas. Foram citados exemplos que corroboram que, subsidiados pelos achados sobre a tomada de decisões, podemos implementar estratégias que possibilitam incrementar os processos decisórios.

Prosseguindo no roteiro proposto, foram analisadas as repercussões que essas descobertas já tiveram no Direito, com destaque para o direito processual, em que, inclusive no Brasil, já foram produzidos textos científicos sobre a questão, embora sejam pouquíssimos os estudos empíricos realizados aqui.

Na última parte do artigo, foi examinado como os novos achados aqui mencionados vêm sendo tratados no campo do direito privado, especificamente no CC e no CDC. Por meio da comparação desses diplomas legais, sustentou-se que a lei consumerista propõe mecanismos mais adequados para incorporar as novas evidências sobre tomada de decisão. Instrumentos como estímulos comportamentais (cognominados *nudges* em inglês) e deveres de informação, em contraposição à lógica binária da validade/invalidade do ato jurídico em razão do não preenchimento de requisitos de validade ou de defeito ou vício na vontade exteriorizada, têm um potencial muito maior de contribuir para a melhoria do processo decisório. Outrossim, esses mecanismos, em oposição à sanção da invalidade, podem ser criados via regulamentação infralegal, o que facilita sua adoção, bem como permite que vários órgãos com competência administrativa setorial possam implementar estímulos

comportamentais e densificar deveres de informação de acordo com as peculiaridades da atividade regulamentada.

Conclui-se, assim, que é conveniente que o direito privado utilize como subsídios as novas descobertas sobre o processo decisório. Contudo, não para impor a sanção de invalidade às decisões que se mostrem sistematicamente desviadas de um padrão esperado, nos moldes dos defeitos dos negócios jurídicos, mas sim para, mediante a adoção de mecanismos como estímulos comportamentais (*nudges*) e deveres de informação, contribuir para a melhoria da tomada de decisões pelos sujeitos de direito, em um mundo cada vez mais complexo.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, Tom L.; FADEN, Ruth R. *A History and Theory of Informed Consent*. New York: Oxford University Press, 1988.

BOÉCIO. *Escritos (Opuscula Sacra)*. Trad., intr. e notas de Juvenal Savian Filho. São Paulo: Atlas, 2005.

BRUST-RENCK, Priscila Goergen. Julgamento e tomada de decisão em medicina e saúde pública. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 219-241.

CALO, Ryan. Code, Nudge, or Notice? *Iowa Law Review*, v. 99, p. 773-802, 2014.

CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 143-168.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. The Limits of Cognition and the Limits of Contract. *Stanford Law Review*, v. 47, p. 211-259, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIRÊDO, LÍZIA. A decisão humana na ótica da economia. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 169-197.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001.

INGOLD, Tim. *The Perception of the Environment: Essays on Livelihood, Dwelling and Skill*. London: Routledge, 2011.

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

KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GUIMARÃES, Isabela Sallum; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Julgamento e tomada de decisões: conceitos gerais. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 25-46.

KLUWE-SCHIAVON, Bruno; SANVICENTE-VIEIRA, Breno. Tomada de decisão nos transtornos relacionados ao uso de substâncias. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 243-267.

LEVY, Neil. *Neuroética. Retos para el siglo XXI*. Madrid: Avarigani, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018.

PRAÇA, Gibson Moreira; ALBUQUERQUE, Maicon Rodrigues. Julgamento, tomada de decisão e performance esportiva. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). *Julgamento e tomada de decisão*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 199-218.

SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 64-88,

ago. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>. Acesso em: 16 dez. 2019.

STANCIOLI, Brunello; OLIVEIRA, Ludmila. *Neurodireito e negócios jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

SUNSTEIN, Cass R. *The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science*. New York: Cambridge University Press, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. Nudging: A Very Short Guide. *Journal of Consumer Policy*, v. 37, n. 583, Harvard Law School, p. 3-7, 23 set. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2499658>. Acesso em: 10 dez. 2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008. Arquivo Kobo.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. (org.). *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 251-266.

WORLD BANK. *World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour*. Washington: World Bank, 2015. Arquivo PDF.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte; STANCIOLI, Brunello Souza. *Nudge e informação: a tomada de decisão e o "homem médio"*. *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, jan./abr. 2021, e2114. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202114>

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira

MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG). PROCURADORA DA REPÚBLICA.

oludmila@gmail.com

Brunello Souza Stancioli

MESTRE E DOUTOR EM DIREITO. ACADEMIC VISITOR, OXFORD UNIVERSITY (2011-2012). PROFESSOR DE DIREITO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS (UFMG).

brunellostancioli@gmail.com