

Neurociência e direito: implicações na (des)proteção do consumidor brasileiro

Antônio Carlos EFING*

Giovanni Vidal GUARAGNI**

RESUMO: O artigo aborda consequências relevantes da neurociência ao direito do consumidor, cogitando seu uso em prol do aprimoramento da tutela consumerista. Principia-se com o exame de automatismos e vieses cognitivos, seguido da análise do *neuromarketing* e do efeito *priming*, instrumentos úteis à estratégia publicitária. Parte-se, então, às propostas de como a neurociência pode não ser apenas vilã, mas também auxiliar a embasar dispositivos legais vigentes - que protegem o consumidor - e fundamentar propostas inovadoras na tentativa de aprimorar a proteção dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; neurociência; *neuromarketing*; proteção do consumidor.

SUMÁRIO: Introdução; - 1. Neurociência e automatismos: esgotamento do ego (*ego depletion*), aprendizado e tensão cognitiva; - 2. *Neuromarketing* e efeito *priming*; - 3. A regulamentação da publicidade e a neurociência; - 3.1. O *marketing* enganoso sob a ótica da neurociência: *what you see is all there is* (*wysiati*); - 3.2. A publicidade abusiva sob a ótica da neurociência; - 3.2.1. Publicidade abusiva para crianças e adolescentes; - 3.2.2. Publicidade abusiva que explora o medo; - 3.3. Publicidade restrita: cigarros e bebidas alcoólicas; - 4. O uso da neurociência em benefício dos consumidores; - 4.1. O paternalismo libertário e o uso de *nudges*; - 4.2. Treinamento pré-frontal; - Conclusão; - Referências.

TITLE: *Neuroscience and Law: Implications in the (Des)Protection of the Brazilian Consumer*

ABSTRACT: *The article addresses relevant consequences of neuroscience for consumer law, considering its use in favor of the improvement of consumer protection. It starts with the examination of automatisms and cognitive biases, followed by the analysis of neuromarketing and the priming effect, useful tools for advertising strategy. Finally, the proposals of how neuroscience can not only be villain, but also help to base current legal devices - that protect the consumer - and to base innovative proposals in an attempt to provide greater protection to citizens.*

KEYWORDS: *Consumer law; neuroscience; neuromarketing; consumer protection.*

CONTENTS: *Introduction; - 1. Neuroscience and automatisms: ego depletion (ego depletion), learning and cognitive tension; - 2. Neuromarketing and priming effect; - 3. Advertising regulation and neuroscience; - 3.1. Deceptive marketing from the perspective of neuroscience: what you see is all there is (wysiati); - 3.2. Abusive advertising from the perspective of neuroscience; - 3.2.1. Abusive advertising for children and adolescents; - 3.2.2. Abusive advertising that exploits fear; - 3.3. Restricted advertising: cigarettes and alcoholic beverages; - 4. The use of neuroscience for the benefit of consumers; - 4.1. Libertarian*

* Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do São Paulo – PUC-SP; professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR e da Escola da Magistratura do Paraná; advogado e presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR.

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR (2020); graduado em Direito (UFPR) e Filosofia (PUC-PR); professor de Filosofia do Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Assessor no TJPR.

paternalism and the use of nudges; – 4.2. Pre-frontal training; – Conclusion; – References.

Introdução

Decisões são tomadas livremente? Na seara jurídica, questionamentos acerca da liberdade humana, noção elementar ao reconhecimento de sujeitos autônomos e capacidades jurídicas, surgem com frequência. Desde negócios jurídicos, até a prática de delitos criminais e a possibilidade de demandar em juízo, todos os atos praticados por seres humanos em sociedade reclamam o pressuposto da liberdade.

O presente artigo tem como ponto de partida o reconhecimento de que estudos recentes de neurociência, a despeito de extirparem ou não a ideia de liberdade e livre-arbítrio, atingem-na irremediavelmente, demonstrando que os seres humanos frequentemente operam no “piloto automático”, seja em razão do desempenho de atividades simultâneas, do cansaço, do aprendizado ou do princípio do menor esforço.

No item seguinte, é apresentado o campo de estudo do *neuromarketing*, abordando-se a aplicação de certos conhecimentos neurocientíficos, com ênfase naqueles vinculados às mecânicas associativas de *priming*, nas práticas comerciais. Sob outra ótica, porém, o item três traz reflexões acerca da possibilidade de a neurociência ser utilizada não somente por fornecedores, em práticas de *neuromarketing*, mas também por juristas, no reforço da proteção do consumidor. Parte-se do raciocínio de que se a descoberta neurocientífica da eficácia mercadológica de uma estratégia publicitária pode, por um lado, trazer vantagens ao fornecedor, também pode, por outro, auxiliar os profissionais do direito a erigir dispositivos legais que protejam os consumidores.

No penúltimo item, busca-se não somente utilizar da neurociência para reiterar proteções legais já instituídas, mas apresentar propostas de tutela jurídicas inovadoras, embasadas também em estudos da teoria comportamental, como a introdução de *nudges* e a incipiente ideia do treinamento pré-frontal. Por fim, verifica-se a possibilidade de fazer uso da neurociência e do *neuromarketing* em prol do consumidor, mitigando sua vulnerabilidade nas relações de mercado.

1. Neurociência e automatismos: esgotamento do ego (*ego depletion*), aprendizado e tensão cognitiva

O mapeamento das funções cerebrais data do século XVIII e XIX,¹ com pesquisas realizadas por Marshall Hall (1790-1857), Pierre Flourens (1794-1867) e Paul Broca (1824-1880). Tais investigações compõem a *neurociência cognitiva*, cujo intuito é “determinar como as funções cerebrais originam a atividade mental” e “correlacionar o processamento de informação com regiões do cérebro”² que, frequentemente, operam sem que delas tenhamos consciência.

Ao longo de décadas de pesquisa, a neurociência minou irremediavelmente a concepção de ser humano racional (*homo oeconomicus*). Sabe-se, hodiernamente, que boa parte das operações cerebrais ocorre através de um “piloto automático”, sem que se delas se tenha consciência. Sujeitos tomam decisões precipitadas e irracionais, conferindo-lhes, posteriormente, uma roupagem de deliberação e racionalização, que busca tornar plausível a escolha tomada e justificar a conduta praticada. Comportamentos irrefletidos são frequentes e repercutem diretamente no Direito do Consumidor, que regulamenta relações entre consumidores e fornecedores, baseado na vulnerabilidade daqueles, conceito que encontra fundamentos relevantes na neurociência.

Para fins de esclarecimento, o que se entende por inconsciente, hoje, não condiz com uma perspectiva freudiana – um inconsciente é formado por pulsões reprimidas –, mas com uma concepção intuitiva e de automatismo. Daniel Kahneman distingue os Sistemas 1 e 2 da mente humana – também conhecidos, respectivamente, como sistemas “inferior” e “superior”,³ ou mecanismos rápidos e lentos.⁴ Enquanto o Sistema 1 “opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”,⁵ o Sistema 2 “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos”.⁶ Ao primeiro, são reservadas reações rápidas, em emergências e atividades automáticas, enquanto o segundo se encarrega da reflexão, do raciocínio detido, da comparação de opções e da escolha deliberada, em uma constante disputa pela atenção e as energias do sujeito.

Nesse sentido, o termo anglófono *pay attention* se enquadra perfeitamente: a quantidade de atenção e energia disponível no organismo humano é limitada. “Vinte por cento das calorias que consumimos são usadas para alimentar o cérebro, que tenta

¹ SCHULTZ, Duane; Schultz, Sydney Ellen. *História da psicologia moderna*. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 441.

² *Ibidem*, p. 442.

³ HARRIS, Sam. *Free will*, cit., p. 09.

⁴ MAFFEI, Lamberto. *Elogio da lentidão*. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 17-18.

⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

⁶ *Ibidem*, p. 29.

operar com a maior eficiência energética possível”.⁷ Exercícios de autocontrole, desempenhados pelo Sistema 2, são mais cansativos e consomem elevados níveis de glicose. Quando há esforço excessivo, atinge-se o *esgotamento do ego (ego depletion)*,⁸ ou seja, “as áreas cognitivas de nível mais elevado, envolvidas na função executiva e no planejamento (como o córtex pré-frontal) ficam fatigadas”.⁹ Nessas circunstâncias, aumentam os erros intuitivos gerados pelo Sistema 1 e há maior probabilidade de que pessoas sejam “influenciadas por mensagens vazias persuasivas, como comerciais”.¹⁰

O organismo, no entanto, adota estratégias na tentativa de economizar recursos, que seguem as lógicas gerais (i) do aprendizado e (ii) do afastamento da tensão cognitiva.

O automatismo pelo (i) aprendizado/especialização, por exemplo, ocorre quando uma pessoa se especializa em uma tarefa e, em razão disso, passa a demandar menos energia e atenção para realizá-la;¹¹ as sinapses são reforçadas e o cérebro traça um caminho a ser utilizado. As habilidades aperfeiçoadas “caem abaixo do nível da consciência”,¹² gerando o estado de “fluxo” (*flow*),¹³ que permite operar sem esforço consciente, liberando recursos e “permitindo que o eu consciente se dedique a outras tarefas e as absorva”.¹⁴ Operações mentais reiteradas “tendem a necessitar cada vez menos das capacidades cognitivas conscientes dos indivíduos em função do treinamento (*expertise*), trazendo um grau de automação para tal atividade de modo que as etapas realizadas sejam executadas sem a sua percepção consciente”.¹⁵

Um dos elementos essenciais ao reforço de sinapses é a dopamina, intimamente vinculada ao mesencéfalo. Quando os acontecimentos confirmam as expectativas subjetivas, o mesencéfalo emite um sinal que faz com que neurônios localizados nas áreas tegmental ventral e substância nigra gerem “um aumento explosivo de dopamina”,¹⁶ ao passo em que, quando a frustram, a quantidade de dopamina é reduzida. A dopamina, nesse sentido, age como um corretor de erros,¹⁷ permitindo um processo de aprendizagem e adaptação neuronal, tendente à repetição das estratégias

⁷ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017, p. 70.

⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 55.

⁹ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 146.

¹⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., 106.

¹¹ *Ibidem*, p. 48.

¹² EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 98.

¹³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 54.

¹⁴ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 99.

¹⁵ BRONZATTI, Rafael; DAMACENA, Cláudio; PACHECO JUNIOR, José Carlos Schaidhauer. Prê-ativação: o efeito *priming* nos estudos sobre o comportamento do consumidor. *Estudos e pesquisas em psicologia*, v. 15, n. 1, 2015.

¹⁶ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 139.

¹⁷ *Ibidem*, p. 139.

bem sucedidas. Entretanto, devido “a seu papel no sistema de recompensa, os desequilíbrios na dopamina podem incitar”¹⁸ vícios, inclusive práticas de consumo desenfreadas, tendo em vista ser o elemento responsável pela sensação de prazer e bem-estar ao comprar um produto.¹⁹

A (ii) *tensão cognitiva*, por sua vez, chama à ação o Sistema 2, que tem a capacidade de rejeitar a resposta intuitiva sugerida pelo Sistema 1.²⁰ Seu afastamento, assim, pode ser eficaz aos fornecedores, interessados em evitar a atividade refletida e consciente do Sistema 2 dos consumidores. Acredita-se que “os consumidores fundamentam suas avaliações sobre produtos e marcas também baseados na facilidade com que conseguem processar as informações, e não somente pelo conteúdo em si”.²¹

A experiência daquele que, diante de uma questão difícil, responde “a uma mais fácil em lugar dela, normalmente sem perceber a substituição”,²² chama-se heurística intuitiva e constitui uma estratégia de diminuição da tensão cognitiva. Um exemplo: um consumidor preocupado com a qualidade do produto que vai adquirir, caso esteja em dúvida entre dois produtos, deveria analisar os componentes de cada um e, se possível, estatísticas de defeitos em produtos da mesma linha, entre outros dados objetivos relevantes. Contudo, costuma-se optar por comprar o mais caro, presumindo-se que, por ser mais caro, tenha melhor qualidade. Ou, compra-se o da marca mais conhecida, presumindo-se que, pela notoriedade, seja melhor. Ainda, conforme demonstra Martin Lindstrom,²³ é possível que se adquira o produto com base em sua origem geográfica, caso remeta a uma cidade famosa e luxuosa (como Nova York, Paris ou Londres), na expectativa infundada de que, em razão da procedência, apresente melhor qualidade. A pergunta originária, mais complexa, é sobre a qualidade do produto, ao passo em que a resposta decisiva não remete à pergunta originária, mas ao valor, à notoriedade da marca ou à procedência geográfica do produto.

Outras técnicas – passíveis de utilização por fornecedores – envolvem (a) maximizar a legibilidade de informações que se acredita serem decisivas na tomada de decisão do consumidor; (b) utilizar linguagem simples; (c) atribuir nomes fáceis a produtos e marcas (exemplo: um grupo avaliou a perspectiva de duas empresas fictícias, com base

¹⁸ *Ibidem*, p. 169.

¹⁹ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 62.

²⁰ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 86.

²¹ BRONZATTI, Rafael; DAMACENA, Cláudio; PACHECO JUNIOR, José Carlos Schaidhauer. *Pré-ativação: o efeito priming nos estudos sobre o comportamento do consumidor*, cit., p. 22.

²² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 22.

²³ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 73.

nos relatórios de duas firmas de corretagem, a Artan [nome fácil] e a Taahhut [nome difícil]. Nos pontos em que os relatórios divergiam, o adequado seria realizar uma média entre as informações. Entretanto, aos dados do relatório da Artan era conferida maior relevância); (d) repetir informações/publicidades/músicas conduz ao conforto cognitivo, pelo *efeito de mera exposição*.²⁴ Este se dá em virtude de a repetição do estímulo nunca vir acompanhada de algo ruim, tornando-se, com o tempo, sinal de segurança e conforto; e (e) o uso de bom humor, pois o bom humor indica que as coisas estão bem e não se deve preocupar com o autocontrole.

O que se deve ter em mente é que, diante da impossibilidade de apreender e processar todas as informações disponíveis, o cérebro humano “desenvolve certas reações aos estímulos recebidos pelo sistema de percepção, intensificando a rapidez da resposta e a tomada da decisão”.²⁵ Por um lado, otimiza energia e tempo, através do aprendizado e do afastamento da tensão cognitiva, mas, por outro, aumenta a taxa de desvios cognitivos e erros, principalmente em situações de pressa e cansaço.

A descoberta do *modus operandi* frequentemente automatizado da mente humana pode ensejar a necessidade de repensar a amplitude da concepção de capacidade dos sujeitos de direito. Corre-se o risco de que o direito, para considerar um sujeito autônomo, passe a exigir o preenchimento de mais requisitos ou de critérios mais rígidos, o que faria com que um contingente relevante da população (senão todos) passasse a ser enxergado em um nível aquém de auto pertencimento.

2. Neuromarketing e efeito priming

Saber de que forma os cérebros dos consumidores reagem aos estímulos comerciais que lhes são apresentados constitui um conhecimento valioso aos fornecedores, interessados em reduzir a tensão cognitiva presente no momento da transmissão da informação e, com isso, angariar clientes. Toda a informação relacionada a produtos ou serviços compõe a noção de *marketing*, “um conjunto de práticas voltadas ao desenvolvimento e implementação de modelos estratégicos de oferta de produtos, serviços e valores, alinhados às demandas de indivíduos e grupos de interesse”.²⁶

²⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 87.

²⁵ COLAFERRO, Cláudia. *A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor*, cit., p. 54-55.

²⁶ DIAS, Alvaro Machado. Das ‘neurociências aplicadas ao marketing’ ao ‘neuromarketing integrativo’, cit., p. 178-189.

Tais demandas sempre foram identificadas a partir de estratégias de *marketing* envolvendo, por exemplo, a coleta de dados a partir de questionários respondidos por potenciais consumidores. O consumidor, entretanto, não conhece tão bem a si mesmo e a suas próprias preferências quanto se supõe, havendo discrepância entre a integralidade de elementos que influenciam na formação de sua vontade (tanto para compor a demanda, quanto para tomar uma decisão diante da oferta) e a narrativa construída pela mente consciente, que descreve as próprias preferências.

Essa carência prejudica estratégias de *marketing* tradicionais, fazendo com que, hodiernamente, empresas recorram cada vez mais aos conhecimentos da neurociência e de sua aplicação na publicidade, o “*neuromarketing*”. A interação entre neurociência, consumo e *marketing* pode “levar a avanços em diversas áreas que são pertinentes não apenas para o consumo, mas também aos fatores de interação, relacionamento e comportamento dentro dos contextos de mercado e da organização”.²⁷

Dialogando com a neuroeconomia,²⁸ o *neuromarketing* “não significa implantar ideias no cérebro das pessoas ou forçá-las a comprar o que não querem; significa revelar o que já está dentro da nossa cabeça – a nossa ‘lógica de consumo’”.²⁹ O *neuromarketing* parte do princípio de que “atenção, motivação, interesse, valência (positiva/negativa), saliência (alta/baixa) e compreensão poderiam ser mais eficientemente inferidas da prospecção e interpretação de seus correlatos neurais, do que do material alinhavado pelas pesquisas de *marketing* convencionais”.³⁰

Tanto o *marketing* publicitário – comumente criado por profissional da comunicação e transmitido em veículos de comunicação em massa –, quanto o não publicitário – correspondente à informação prestada contemporaneamente ao ato de fornecimento, normalmente pelo vendedor e no contexto da negociação³¹ –, podem se valer dos conhecimentos oriundos da neurociência para se tornarem mais eficientes em suas propostas. Duas das estratégias mais relevantes e amplamente utilizadas a partir da neurociência envolvem (i) diminuição da tensão cognitiva e (ii) ativações associativas.

²⁷ ALMEIDA, Carlos Felipe Cavalcante de; ARRUDA, Danielle Miranda de Oliveira. O *neuromarketing* e a neurociência do comportamento do consumidor: o futuro por meio da convergência de conhecimentos. *Ciências e Cognição*, 2014, Vol. 19(2), p. 278-297.

²⁸ “[...] o ramo da neuroeconomia pode ser visto tanto como uma busca por substratos neurais relacionados com a tomada de decisão econômica, [...] como uma tentativa de tornar visível operações realizadas pelo cérebro em resposta à fatores econômicos [...]” (*Ibidem*, p. 278-297).

²⁹ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 39.

³⁰ DIAS, Alvaro Machado. Das ‘neurociências aplicadas ao *marketing*’ ao ‘*neuromarketing* integrativo’, cit., p. 178-189.

³¹ BENJAMIN, Antonio Herman V. [et al.]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5a. ed. São Paulo: Thomson Reuters – RT, 2017, p. 1687-1688.

A (i) diminuição da tensão cognitiva, conforme já abordado, parte da premissa de que o ímpeto intuitivo do Sistema 1, somado à “preguiça” do Sistema 2, faz com que as pessoas confiem mais em suas crenças imediatas quanto mais simples e fáceis se mostrarem as informações apresentadas e quanto maior for a coerência da narrativa que seus cérebros conseguirem criar com as informações disponíveis.³² A integralidade do sentido das informações implica uma situação confortável, tornando desnecessário convocar à atuação o Sistema 2. Essa lógica se replica ao consumo. Quanto mais uma publicidade estiver integrada em seu contexto, de modo que sua inserção faça sentido em meio aos demais acontecimentos, maiores serão as chances de ser lembrada pelas pessoas.³³ E mais: “produtos que desempenham um papel integral na narrativa [...] não apenas *aumentam* a nossa lembrança do produto, mas também *enfraquecem* a nossa capacidade de lembrar de outras marcas”.³⁴

Muitas empresas vão além da inserção de mensagens contextualizadas em uma narrativa, criando sua narrativa própria e fazendo com que a marca passe a representar mais do que um produto ou serviço, mas um estilo de vida, um conjunto de características e valores. A força de tais narrativas pode ser grande a ponto de tornar desnecessária qualquer divulgação explícita do produto, pois elementos do cotidiano (como uma vestimenta, uma expressão linguística, um odor específico, etc.) darão conta de remeter a mente do consumidor à marca e à identidade do bem de consumo.

Atraindo o consumidor através de mensagens discretas e, na maioria das vezes, sequer percebidas conscientemente, a publicidade subliminar, por afetar os consumidores desprevenidos - que não sabem que estão expostos à publicidade³⁵ e, assim, não demandam a ação repressiva e reflexiva do Sistema 2 - constitui um instrumento poderoso nas mãos dos fornecedores, sendo muito criticada, por envolver inúmeras controvérsias morais e legais.

As chamadas (ii) *ativações associativas* - processo atribuído ao Sistema 1 e que opera de maneira automatizada na falta de mobilização do Sistema 2, consistente na associação de ideias a partir de uma ideia inicial -, por sua vez, não obstante auxiliem no êxito das publicidades integradas em narrativas, na identificação da identidade de

³² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 111.

³³ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 51.

³⁴ *Ibidem*, p. 52.

³⁵ *Ibidem*, p. 78-79.

uma marca e no efeito inconsciente da publicidade subliminar, estendem-se para além da atividade cognitiva, podendo influenciar o comportamento dos sujeitos.

Trata-se do chamado *efeito priming* (*priming effect*),³⁶ em que ideias suscitam comportamentos e modos de agir. Remete-se “à influência que a exposição prévia a determinado estímulo pode acarretar na resposta a um estímulo subsequente, sem que exista consciência do indivíduo sobre tal influência”.³⁷ O estímulo “pode ser tanto externo, baseado em alguma informação captada pelos sentidos, como interno, pela simples ativação de uma memória em função da ocorrência de um pensamento”.³⁸

Os exemplos mais encontrados no *neuromarketing* envolvem o *branding* sensorial, destacando-se as modalidades olfativa e sonora. O *branding* olfativo se preocupa com o bom cheiro do ambiente comercial (pois um ambiente de mau cheiro induz decisões morais mais severas) e com a associação entre um odor e um produto ou marca (“o odor ativa várias regiões cerebrais exatamente iguais às ativadas pela *imagem* de um produto – até mesmo a imagem da logomarca daquele produto. Em suma, se você sentir o cheiro de um *donut*, provavelmente irá vê-lo [...] junto da logomarca [...]”³⁹). O *branding* sonoro, por seu turno, envolve a influência de determinados tipos de música sobre o comportamento das pessoas (como a associação entre música clássica e a redução de comportamentos delitivos⁴⁰) e o uso de jingles característicos de determinadas empresas que, quando escutados, fazem com que qualquer um se lembre da marca e seus produtos.

Tendo em vista as inúmeras possibilidades de utilização – das mais às menos invasivas – das técnicas de *neuromarketing*, o item seguinte será dedicado ao exame de conhecimentos da neurociência que demonstram o potencial lesivo de determinadas estratégias publicitárias e auxiliam a justificar dispositivos legais regulamentadores correlatos, no intuito de ressaltar a necessidade de controle sobre tais práticas.

3. A regulamentação da publicidade e a neurociência

³⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 69.

³⁷ BRONZATTI, Rafael; DAMACENA, Cláudio; PACHECO JUNIOR, José Carlos Schaidhauer. Pré-ativação: o efeito *priming* nos estudos sobre o comportamento do consumidor, cit.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 127.

⁴⁰ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/11/mozart-reduz-criminalidade-em-shopping-de-cidade-da-nova-zelandia.html>>. Acesso em: julho de 2018.

O pressuposto de que pessoas tendem a ser induzidas pelas crenças e intuições do Sistema 1 e de que fornecedores possuem meios cada vez mais sofisticados de influenciar, até mesmo inconscientemente, na tomada de decisão do consumidor, confere um forte argumento ao alto grau de proteção conferido pela legislação.

O consumidor é vulnerável no mercado de consumo (artigo 4º, inciso I, do CDC), carecendo de recursos técnicos, jurídicos, econômicos e, até mesmo, psíquicos, se comparado à pessoa do fornecedor. Nesse sentido, a anteriormente mencionada garantia da liberdade de escolha do consumidor vem acompanhada dos direitos básicos à “educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços” (artigo 6º, inciso II, do CDC) e à “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços” (artigo 6º, inciso III, do CDC), no intuito de estimular as faculdades necessárias à tomada de uma decisão consciente e refletiva (Sistema 2), em detrimento de escolhas impulsivas e intuitivas (Sistema 1).

A discussão sobre o *neuromarketing* perpassa, específica e especialmente, a questão da publicidade que, vale pontuar, distingue-se da propaganda. A lei protege o consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva, bem como contra métodos comerciais coercitivos ou desleais (artigo 6º, inciso IV, do CDC), modalidades que encontram instrumentos e incentivos nos conhecimentos trazidos pela neurociência.

O conjunto de garantias mínimas que se almeja assegurar aos consumidores ganha ainda mais relevância diante da constatação de que muitas das empresas que desenvolvem “[...] ferramentas neurocientíficas para compreensão do comportamento do consumidor, muitas vezes não buscam investir de forma igual no desenvolvimento ético, médico e legal destes”.⁴¹

O aprimoramento e a aplicação das estratégias de *neuromarketing* podem “[...] ampliar o desequilíbrio nas relações entre as empresas e seus consumidores, pois um novo e impactante componente foi adicionado unilateralmente ao rol de conhecimento e ferramentas das corporações”,⁴² o que torna imprescindível a análise e a explanação das razões legais à proibição do uso de algumas dessas técnicas.

⁴¹ ALMEIDA, Carlos Felipe Cavalcante de; ARRUDA, Danielle Miranda de Oliveira. *O neuromarketing e a neurociência do comportamento do consumidor: o futuro por meio da convergência de conhecimentos*, cit.

⁴² ALVES JUNIOR, Sérgio Itamar. *O princípio da vulnerabilidade do consumidor e a neurociência do consumo*. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – Centro Universitário Curitiba, Curitiba, p. 35.

3.1. O marketing enganoso sob a ótica da neurociência: *what you see is all there is* (wysiati)

A proibição da publicidade enganosa encontra seu fundamento mais essencial no direito do consumidor à informação clara e completa sobre o produto ou serviço que lhe é ofertado. Apesar de assegurado, direta ou indiretamente, por inúmeros dispositivos da lei consumerista (artigos 4, inciso IV; 30; 31; 34; 37, §§1º e 3º; 46; 48; 54; 66; e 67), possui sua melhor descrição no artigo 6, inciso III e parágrafo único, do CDC, que busca garantir “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”, atentando-se à necessidade de que a mensagem seja acessível à pessoa com deficiência.

A atividade publicitária legítima deve prestar informações adequadas ao consumidor, atendendo ao princípio da veracidade, trazido no artigo 37, §1º, do CDC, como um contraponto à “informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

A publicidade enganosa é aquela que “viola o dever de veracidade e clareza estabelecidos pelo CDC”⁴³ e provoca distorções no processo “decisório do consumidor, levando-o a adquirir produtos e serviços que, estivesse melhor informado, possivelmente não o faria”.⁴⁴ Não é necessário que implique no erro real do consumidor – “um mero exaurimento, que para fins de caracterização da enganosidade é irrelevante”.⁴⁵ Basta que, objetivamente e a despeito da boa-fé do fornecedor, apresente potencial para induzir o consumidor em erro, seja por uma informação inverídica (por comissão), seja em razão da omissão de informações relevantes (por omissão).

O caráter errôneo da publicidade, na esteira do artigo de lei, pode remeter a distintos aspectos do produto ou serviço (sua natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem ou preço), sendo considerada essencial a informação que tenha “o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo, caso o

⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Custo de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 278.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 278-288.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 291.

conheça”.⁴⁶ A causa de episódios concretos de erro enseja dever de reparação cível e enquadra a prática no tipo penal do artigo 7º, inciso VII, da lei nº 8.137/90.⁴⁷ Da mesma forma, a intenção (dolo) e a prudência (culpa) do fornecedor “só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno”.⁴⁸

O potencial enganoso da publicidade se torna mais nocivo quando se considera a tendência do Sistema 1 de acreditar prontamente em uma informação que lhe é fornecida: o chamado “viés de confirmação”. O Sistema 1 apreende estímulos do entorno, interpretando-os e comparando-os com crenças pré-concebidas e já consolidadas no imaginário do sujeito em questão. A tendência de aceitar informações que corroborem e rechaçar aquelas que diverjam das crenças prévias é o caminho encontrado para a realização do menor esforço e gasto energético. O Sistema 2, assim, comumente endossará a crença intuitiva do Sistema 1, baseando-se na premissa *what you see is all there is* (WYSIATI), que induz conclusões precipitadas com base em evidências limitadas e informações incompletas. Os efeitos são ainda mais evidentes quando o Sistema 2 está ocupado/empenhado em uma tarefa.

Um exemplo de *marketing* não publicitário envolve a maneira como são informadas as propriedades nutricionais de um alimento. Uma embalagem de alimento em que se leia a frase “90% livres de gordura” é mais atraente ao consumidor do que aquela com a sentença “10% de gordura”. Da mesma forma, um terno com uma etiqueta informando “80% lã” será mais atrativa do que o que comunique “20% poliéster”. Tais situações poderiam configurar publicidade enganosa, visto serem facilmente capazes de induzir o consumidor à compra do produto através da omissão de uma informação que, por mais óbvia que seja, tende a ser ignorada por seu cérebro automatizado.

Outro exemplo, agora do *marketing* publicitário, remete aos produtos adquiridos sob a crença de serem as versões mais modernas e atualizadas disponíveis no mercado, mas que, poucos meses depois, tornam-se obsoletos, em virtude de um novo modelo. O consumidor que adquire um veículo mediante a oferta de um automóvel ano 2017/2018, seguida da mensagem “Compre o carro do ano!”, e, um mês depois, é surpreendido com o lançamento de uma versão 2018/2019 do mesmo automóvel, poderia ser considerado vítima dos delitos tipificados nos artigos 66 e 67, do CDC?

⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 209.

⁴⁷ “Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...] VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; (...)”.

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 206.

Ao que tudo indica, os conhecimentos da neurociência podem servir de substrato teórico a uma aplicação cada vez mais ampla e abrangente dos dispositivos legais que tratam da proibição do *marketing* enganoso.

3.2. A publicidade abusiva sob a ótica da neurociência

Outro princípio caro à atividade publicitária é o princípio da não-abusividade, definido pelo artigo 37, §2º, do CDC, como a vedação da “publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

A publicidade abusiva “é aquela que viola valores ou bens jurídicos considerados relevantes socialmente [...], assim como a que se caracteriza pelo apelo indevido a vulnerabilidade agravada de determinados consumidores, como crianças e idosos”.⁴⁹

Tendo em vista a ampla divulgação do *marketing* publicitário, transmitidos em veículos de comunicação em massa, “[...] não apenas os consumidores que venham a ser diretamente ofendidos ou afetados pela mensagem publicitária são legítimos para demandar por eventuais prejuízos”.⁵⁰ A ofensa assume caráter difuso e coletivo, uma vez que representa uma afronta à comunidade como um todo, exposta à prática.

A publicidade abusiva encontra um rol exemplificativo na lei e pode ser definida negativamente em relação ao *marketing* enganoso, sendo considerada abusiva quando, “contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso”.⁵¹

Nos itens seguintes, serão examinados elementos neurocientíficos que auxiliam na justificação de duas modalidades específicas de publicidade abusiva: (i) a publicidade voltada a crianças e adolescentes; e (ii) a publicidade que explora o medo.

3.2.1. Publicidade abusiva para crianças e adolescentes

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Custo de direito do consumidor*, cit., p. 278.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 284.

⁵¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 210.

A proteção da criança e do adolescente é consagrada no texto constitucional, em seu artigo 227,⁵² e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei criada com o intuito de regulamentar o dispositivo constitucional retro citado. Retomando conceitos já apresentados, crianças e adolescentes são considerados incapazes ou relativamente capazes pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que, respectivamente, torna nulo ou anulável o negócio jurídico que os tenha como partes não devidamente representadas.

No universo das relações de consumo, em que todo consumidor é considerado vulnerável, às crianças e adolescentes é atribuído o caráter de hipossuficientes, em virtude de sua vulnerabilidade agravada. No caso de menores de idade, a hipossuficiência lhes é atribuída tendo em vista sua “deficiência de julgamento e experiência em relação ao mundo exterior, quando comparadas ao consumidor médio que já tenha deixado a infância”.⁵³ Acredita-se, por exemplo, que apenas em torno dos 8 aos 11 anos de idade a criança adquire capacidade de discernir os propósitos informativos e persuasivos de uma publicidade.⁵⁴

A principal diferença entre cérebros de adultos e adolescentes se encontra no nível de desenvolvimento dos lobos frontais (córtex pré-frontal). “O córtex pré-frontal humano só se desenvolve plenamente no início dos vinte anos, e isto fundamenta o comportamento impulsivo dos adolescentes”,⁵⁵ bem como fornece uma base fisiológica à maior proteção de incapazes e relativamente incapazes pelo ordenamento.

Sendo o córtex pré-frontal é responsável “pelo raciocínio e discernimento”,⁵⁶ a hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes é evidenciada pela falta de desenvolvimento do córtex orbitofrontal (parte do córtex pré-frontal), “envolvido na tomada de decisão executiva, na atenção e na simulação de consequências futuras”.⁵⁷

Nos adolescentes, as dificuldades podem ser acentuadas, visto que o não aperfeiçoamento do córtex orbitofrontal alia-se ao ápice do funcionamento do córtex pré-frontal medial (CPFM) – que se ativa quando o sujeito pensa em si e na relação com seu

⁵² “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Custo de direito do consumidor*, cit., p. 289.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 289-290.

⁵⁵ EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, p.197.

⁵⁶ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 32.

⁵⁷ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 24.

meio (autoestima e identidade) - e com uma reação crescente a recompensas em áreas cerebrais relacionadas com a busca pelo prazer – como o núcleo accumbens.⁵⁸

A fisiologia do cérebro do adolescente o torna altamente propício à aceitação das mensagens publicitárias que o instiguem uma suposta relação entre um produto e o *status* social do possuidor do referido bem material. Publicidades que exaltem aspectos da vida em sociedade como sexualidade, poder e a sensação de pertencimento a um grupo, tendem a representar um grande atrativo a uma mente em desenvolvimento e especialmente ocupada com o senso de identidade e a busca pelo bem-estar imediato.

Verifica-se, nesta senda, que a neurociência embasa a proteção acentuada de crianças e adolescentes em face das técnicas publicitárias utilizadas por fornecedores, no intuito de evitar prejuízos aos consumidores menores de idade ou a seus representantes legais, em virtude do incompleto desenvolvimento neuronal daqueles.

3.2.2. Publicidade abusiva que explora o medo

O medo pode ser explorado tanto de maneira explícita, por meio de sustos e recursos audiovisuais aterrorizantes, quanto de maneira sutil, através de mensagens que busquem convencer os consumidores, por exemplo, de que caso não comprem determinado produto, não serão plenamente felizes ou saudáveis.⁵⁹

A mera utilização de recursos como os mencionados já basta à consideração de uma publicidade como abusiva por explorar o medo dos consumidores, sendo prescindível a ocorrência de casos concretos de atemorização.⁶⁰

Para os fornecedores, o uso de publicidades com conteúdo amedrontador vai além da constatação de que a mente humana “reage a imagens que refletem perigo [...] de forma mais rápida do que quando apresentada a imagens menos perigosas”.⁶¹

O núcleo da efetividade de publicidades dessa natureza estaria na região do cérebro chamada amígdala, que constitui o “centro de ameaça” do cérebro,⁶² ativando-se em

⁵⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁵⁹ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 122.

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 211.

⁶¹ COLAFERRO, Cláudia. *A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor*, cit., p. 75.

⁶² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, cit., p. 375.

momentos de ameaça, “medo e agressividade”.⁶³ Uma vez ativada, a amígdala convoca outras áreas do cérebro, relacionadas à memória (como o hipocampo),⁶⁴ para que registrem a situação da forma mais detalhada possível. O intuito é de que, caso sobreviva e venha a passar por situação semelhante, a pessoa detenha um vasto conjunto de informações sobre a situação, que lhe permita sobreviver novamente.

As informações que precisam ser registradas são vastas e minuciosas, compondo uma carga de dados com a qual o organismo não está acostumado a lidar. A percepção mais aguçada dos fenômenos, utilizada para a captação de informações detalhadas, e a formação de uma densa gama de memórias, provoca o que por muitos é descrito como uma sensação de desaceleração; de que o tempo está em câmara lenta.

O aspecto abusivo de um empreendimento publicitário que explore o medo ganha relevo, na medida em que o fornecedor que o utiliza almeja que os mecanismos fisiológicos do consumidor, projetados para lidar com situações de perigo real, auxiliem na absorção de informações da mensagem publicitária, otimizando os efeitos mercadológicos, em detrimento da paz de espírito e saúde psicológica do sujeito.

Os elementos de *marketing* dessa natureza tenderão a ser lembrados com mais detalhes e por mais tempo pelos consumidores, uma vez que seus cérebros, desprevenidos, mostrem-se incapazes de distinguir situações de perigo fictícias e controladas daquelas efetivamente ameaçadoras, e reclamem a atividade da amígdala diante de publicidades geradoras de medo, susto ou tensão elevada.

3.3. Publicidade restrita: cigarros e bebidas alcoólicas

A categoria da publicidade restrita remete à proibição de determinadas campanhas de *marketing* publicitário que divulguem produtos e serviços nocivos à saúde ou ao meio ambiente (artigo 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal), sem as devidas ponderações e advertências (artigo 220, §4º, da Constituição Federal).

As restrições às quais a publicidade de produtos nocivos está sujeita são discriminadas por leis infraconstitucionais, o que denota a eficácia contida das normas constitucionais previamente citadas. A chamada Lei Murad (lei nº 9.294/96), no Brasil, seguindo o

⁶³ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 28.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

artigo 220, §4º, da Carta Magna, regulamenta a publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas.

A lei proíbe a associação de cigarros (artigos 3º, §1º, inciso III) e bebidas alcoólicas (artigo 4º, §1º) a imagens de êxito e sexualidade pessoal. Almeja-se minar o incentivo que à publicidade traz ao consumo de produtos nocivos à saúde dos consumidores, vedando a técnica publicitária que associa o possuir/consumir um produto ao ser bem-sucedido. A legislação proíbe uma estratégia que se utiliza dos chamados “neurônios espelho”, responsáveis pela capacidade humana de se colocar no lugar do outro, o que permite tanto a experiência nobre do sentimento de empatia, quanto a inveja mesquinha despertada quando um sujeito sente a impotência de ser ou ter aquilo que o outro é ou possui. A segunda sensação desperta a necessidade de consumir o produto associado ao garoto propaganda bem-sucedido, na tentativa de se aproximar cada vez mais do sucesso daquela personagem.

Não obstante, as pessoas são mais convencidas e o ímpeto pelo consumo é acentuado quando as publicidades se valem de sujeitos “normais”, ao invés de modelos e celebridades. Pessoas “comuns” associadas ao produto tornam mais factível a expectativa de que a aquisição do bem trará o mesmo bem-estar dos garotos propaganda. Ademais, trata-se de um “desejo de autenticidade”,⁶⁵ que faz com que os consumidores acreditem que tais pessoas realmente gostam e acreditam no produto que vendem, enquanto celebridades fazem parte de um constructo ou simulação.

No que tange à sexualidade, sua eficácia é, enquanto elemento persuasivo, controversa. Em diversas circunstâncias, publicidades que exploram elementos sexuais acabam por ofuscar o produto que se almeja divulgar, em prol da voluptuosidade dos modelos que tomam a cena por completo. Noutros casos, o uso de elementos sexuais torna a campanha publicitária eficiente não por serem persuasivos, mas por seu caráter polêmico. A mensagem é amplamente difundida por veículos de comunicação que buscam discutir, por exemplo, os aspectos morais da campanha, e acaba, ainda que involuntariamente, divulgando o produto e a marca associada.

Outro aspecto relevante envolve as já mencionadas narrativas, que carregam um conjunto de valores e passam a representar, mais do que uma marca, um estilo de vida. A Lei Murad “não disciplinou os *anúncios de estilo de vida* [...] que vinculam comportamentos (p. ex., o ar despojado e de irresponsabilidade juvenil do *Free*) e

⁶⁵ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*, cit., p. 163.

status (p. ex. a sofisticação do *Carlton*) ao ato de fumar”.⁶⁶ A Lei Serra (lei nº 10.167/2000), por seu turno, reformou alguns pontos da legislação anterior, mas não alterou a questão da publicidade associada a estilos de vida.

O ponto mais problemático da atual regulamentação de produtos fumígenos, entretanto, remete à obrigatoriedade das advertências nas caixas de cigarros (artigo 3º, §3º, da lei nº 9.294/96). De acordo com o *neuromarketing*, tais mensagens, impostas pela lei no intuito de diminuir o consumo de cigarros pela população, estimulam o núcleo accumbens, área do cérebro relacionada ao desejo e à busca pelo prazer. Por mais estranho que possa parecer, campanhas antitabagistas, além de representarem um desperdício financeiro, acabam servindo de *marketing* à indústria do tabaco.⁶⁷

Interessante notar como as proibições de determinadas modalidades de *marketing* podem acabar auxiliando as empresas a desenvolverem técnicas ainda mais eficientes de divulgação de seus produtos. O cigarro é o produto mais apto a demonstrar o efeito colateral e indesejado dessas proibições, uma vez que os anúncios que menos incitam o consumidor a fumar são aqueles explícitos e sem advertências sobre sua nocividade. O efeito persuasivo da publicidade aumenta conforme advertências de isenção de responsabilidade são adicionadas. Por fim, ainda mais poderosas são “as imagens subliminares, especialmente as associadas a corridas de Fórmula Um/NASCAR”.⁶⁸

A legislação nacional protege os consumidores de anúncios como este último, uma vez que, não obstante ser vedada a associação de cigarros a competições esportivas (artigo 3º, §1º, inciso IV, da lei nº 9.294/96), a publicidade subliminar é proibida, por força do “princípio da identificação da publicidade” (artigo 36, do CDC).

O *marketing* subliminar viola não somente princípios que regulamentam a prática publicitária, mas a garantia básica do consumidor à informação sobre os produtos e serviços que lhe são ofertados. A publicidade somente é lícita quando o consumidor puder identificá-la imediata e facilmente, pois aquela “que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor”.⁶⁹

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 308-309.

⁶⁷ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo*: verdades e mentiras sobre por que compramos, cit., p. 22-23.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 80.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 281.

Apesar de, sob a ótica do fornecedor, possuir o mesmo intuito das retroexplicadas técnicas de redução da tensão cognitiva do consumidor – qual seja, atingi-lo com a “guarda baixa”; sem a atividade reflexiva do Sistema 2 –, a publicidade subliminar adota mecanismos maliciosos para cumprir com seu objetivo. O fornecimento de informações em linguagem simples e fonte facilmente legível reduz a tensão cognitiva do consumidor (o que é bom para o fornecedor), mas igualmente atende ao seu direito à informação, ao passo em que a tentativa de mascarar um anúncio publicitário, para que o consumidor não perceba estar exposto a uma oferta, traz benefícios somente ao fornecedor, desequilibrando ainda mais a relação de consumo.

4. O uso da neurociência em benefício dos consumidores

Nos itens anteriores, tentou-se demonstrar que a neurociência trouxe inúmeras demonstrações de que os seres humanos são seres mais intuitivos e irracionais do que supunha uma concepção de *homo oeconomicus*. A utilização desses conhecimentos por empresas pode acentuar a vulnerabilidade dos consumidores, o que torna necessário, em contrapartida, uma ampliação de sua proteção pelo ordenamento jurídico. A neurociência e o *neuromarketing* fornecem informações úteis tanto à indústria publicitária, quanto aos juristas, que delas podem se valer na tentativa de reforçar ou repensar proibições e regulamentações de atividades realizadas pelos fornecedores.

No item anterior, foi analisado como os conhecimentos da neurociência pode, em alguns casos, servir de embasamento à legislação já vigente sobre o *marketing*. Apresentar-se-á, agora, propostas desenvolvidas por teóricos da neurociência e teoria comportamental, sobre como se valer de tais conhecimentos, não para reforçar institutos jurídicos já existentes, mas para implementar novos programas de Estado.

4.1. O paternalismo libertário e o uso de *nudges*

Parte da doutrina consumerista se preocupa com os efeitos nocivos que a neurociência e o *neuromarketing* podem trazer aos consumidores. Acredita-se que a desigualdade entre fornecedor e consumidor pode ser acentuada, tendo em vista que este toma decisões de maneira impensada e intuitiva, fator sobre o qual o fornecedor buscará tirar o máximo de vantagem, mesmo sem que o consumidor perceba.

Em atenção à legislação e à busca pela harmonização das relações de consumo (artigo 4º, inciso III, do CDC), imagina-se ser possível, partindo de uma concepção de ser

humano que frequentemente incide em vieses cognitivos e em detrimento de tais deficiências de julgamento, instituir normas ou políticas públicas que munam os cidadãos de informações e tentem guiá-los, ainda que inconscientemente, pelo caminho mais benéfico para eles próprios, evitando que caiam em erros intuitivos.

Uma postura estatal que queira proteger indivíduos de suas próprias decisões é comumente rotulada como paternalista, encontrando justificada resistência por parte de diversos teóricos e filósofos do direito. O paternalismo se define como “a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada”,⁷⁰ havendo sempre uma boa razão “em favor de uma proibição ou de um mandado jurídico, imposto também contra a vontade do destinatário desta proibição ou mandado, quando este for necessário para evitar um dano (físico, psíquico ou econômico) à pessoa a quem se impõe essa medida”.⁷¹

Para Cass Sunstein e Richard Thaler, entretanto, posturas antipaternalistas costumam se embasar em três falsos pressupostos: (i) de que pessoas sempre (ou na maioria das vezes) escolhem a melhor opção para si, promovendo seu melhor interesse; (ii) de que todo paternalismo envolve coerção; e (iii) de que é possível escolher viver sob ou sem a influência de medidas paternalistas.

Partindo de conclusões recentes das pesquisas de teoria comportamental, os autores sustentam que (i) as pessoas não exibem expectativas racionais, falham ao realizar previsões, utilizam heurísticas, exibem preferências contraditórias e fazem escolhas distintas a depender da estruturação do questionamento. Afirmam que, não raras vezes, “indivíduos fazem escolhas inferiores, as quais seriam alteradas se tivessem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e força de vontade”.⁷²

Nesse sentido, propõem os pesquisadores que (ii) os Estados deveriam instaurar programas que convertam a irracionalidade dos cidadãos em decisões benéficas a eles. Sugere-se a facilitação da tomada de decisões melhores, em detrimento das piores, no intuito de que se a escolha for feita automaticamente e sem reflexão consciente, ao menos seja a opção considerada, objetiva e geralmente, mais vantajosa àquele que

⁷⁰ DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972, p. 66.

⁷¹ VALDÉS, Ernest Garzón. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 5, 1998, p.156.

⁷² SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003, p. 175-179.

escolheu. Trata-se de propostas paternalistas que não envolvem coerção: o chamado “paternalismo libertário”.

Cass Sunstein e Richard Thaler entendem que (iii) decisões organizacionais são inevitáveis e, dessa forma, o problema não remete a adoção ou não de práticas paternalistas, mas a como escolher entre paternalismos possíveis. Quando o paternalismo parece estar ausente, é normalmente porque sua prática soa tão natural e óbvia que seus efeitos se tornam invisíveis à maioria dos observadores.⁷³

O paternalismo libertário aparenta ser uma modalidade de paternalismo justificável e aceitável. Assim como o paternalismo moderado (ou *soft paternalismo*), que incide somente sobre indivíduos ou grupos cuja capacidade não seja aferível de maneira plena,⁷⁴ o paternalismo libertário lida com sujeitos cuja capacidade plena é posta em xeque, em razão de serem dotados de um aparato cognitivo presumidamente deficitário e facilmente induzido em erro. Seu objetivo, ademais, não consiste em substituir o juízo de um cidadão pelo de outrem, em suposto benefício daquele, ou em reforçar moralismos. O que essa modalidade de paternalismo almeja é fornecer, sem se valer de coerção, informações e recursos suficientes para contrastar o déficit dos destinatários das medidas e aprimorar sua autonomia e capacidade de decisão. Caso não seja possível aprimorar a autonomia deliberativa do sujeito, facilita-se a tomada de decisões mais benéficas, substituindo um erro por um acerto inconsciente.

O instrumento mais sutil e menos invasivo a ser utilizado pelo paternalismo libertário, e cujo intuito principal seria tornar a vida dos cidadãos mais simples e segura, seria os *nudges* (empurrões), definidos como “medidas que conduzem as pessoas em direções específicas, mas, ainda assim, preservam suas liberdades e permitem que decidam seus próprios caminhos”.⁷⁵ A utilização de *nudges* costuma não ser custosa e apresenta potencial para concretizar distintos objetivos, desde fins econômicos, até saúde pública. As vantagens seriam: (a) baixo custo; (b) resultados rápidos; (c) manutenção da liberdade; e (d) alta efetividade. Países como o Reino Unido e os Estados Unidos já possuem organizações envolvidas com estudos comportamentais e desenvolvimento de *nudges*, como a *Behavioral Insights Team* (também denominada “Nudge Unit”) e a *White House Social and Behavioral Sciences Team*, respectivamente.

⁷³ *Ibidem*, p. 175-179.

⁷⁴ MARTEL, Leticia Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 129.

⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. *Nudging: A Very Short Guide*, 37 *J. Consumer Pol’y* 583 (2014), p. 01.

Curiosamente, alguns exemplos de *nudges* fornecidos pelos autores encontram paralelo em leis vigentes, tais como: avisos em publicidades de cigarro (artigo 3º, §3º, da lei nº 9.294/96); informações nutricionais nas embalagens de produtos;⁷⁶ e o fornecimento de informações claras, simples e acessíveis (artigo 6º, inciso III, do CDC).

Outras hipóteses não encontram precedente no ordenamento, como reduzir barreiras para facilitar escolhas saudáveis por parte dos consumidores, colocando, por exemplo, alimentos saudáveis em evidência ou próximos aos caixas.

Algumas modalidades, contudo, não obstante não serem incentivadas pela legislação, flertam com práticas consideradas abusivas. Cite-se, por exemplo, a sugestão de políticas de adesão automática a poupanças ou planos de saúde que, a despeito da alegada intenção de garantir segurança ao usuário, poderia esbarrar na proibição prevista no artigo 39, inciso III, do CDC, que veda ao fornecedor “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”.

Discussões como essa tornam evidente que, a despeito das boas intenções envolvidas na proposta de Sunstein e Thaler, é necessário ter cautela caso se deseje adotar práticas paternalistas libertárias e o aumento no número e variedade de *nudges*. A definição e aplicação de um *nudge* envolve uma série de aspectos, desde a análise comportamental dos indivíduos que se encontram em situações análogas às quais o *nudge* se aplicaria, até o estudo das preferências envolvidas e dos valores considerados benéficos e merecedores de incentivo.

4.2. Treinamento pré-frontal

O chamado *treinamento pré-frontal* constitui a segunda proposta que parte dos postulados da neurociência para auxiliar no desenvolvimento mental dos cidadãos e reduzir os efeitos prejudiciais de julgamentos apressados e irrefletidos.

A ideia original constitui uma proposta do neurocientista David Eagleman para lidar com criminosos. Para o autor, a maioria dos criminosos possui um fraco controle de impulsos. Neles, “a tentação vence a preocupação com o futuro”.⁷⁷

⁷⁶ ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Rotulagem nutricional obrigatória: manual de orientação às indústrias de Alimentos. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

⁷⁷ EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, cit., p. 195.

A falta de autocontrole seria determinada por uma carência de atividades na região cerebral do córtex pré-frontal, que lida com controle de impulsos. A estratégia de reabilitação proposta é “dar aos lobos frontais a prática na repressão dos circuitos de curto prazo”,⁷⁸ estabelecendo um sistema de controle desenvolvido, através da reflexão reiterada e elaboração de simulações sobre o resultado futuro de qualquer decisão. Trata-se de um processo de amadurecimento, por meio do qual se busca fortalecer uma “rede de repressão”, em detrimento de uma “rede de desejos”, dando à pessoa “as habilidades cognitivas para ter mais controle sobre as decisões, em vez de ser uma escrava dos impulsos”.⁷⁹

Acredita-se que a proposta pode ser estendida a todos os sujeitos cujos comportamentos impulsivos demonstrem debilidade em projetar consequências de longo prazo, como em práticas consumistas e de superendividamento. Em geral, pessoas valorizam mais o consumo presente do que o futuro, demonstrando problemas de autocontrole que poderiam ser controlados através do treinamento pré-frontal.

Eagleman oferece um exemplo banal de como o treinamento funcionaria: seriam colocados eletrodos na cabeça do sujeito, para que sua atividade cerebral fosse monitorada. Em seguida, a pessoa seria provocada com algo tentador, como um doce apetitoso. Sua atividade cerebral seria traduzida em um gráfico de barras, por exemplo, e exposta, em tempo real, em uma tela. O esforço do treinamento seria direcionado à diminuição das atividades nas regiões relacionadas ao desejo e aumento na região pré-frontal, responsável pelo controle e disciplina dos ímpetos.

A ideia é, no mínimo, instigante, apesar de incipiente e financeiramente custosa. O desenvolvimento de tecnologias como o *Mynd* – o primeiro dispositivo portátil de eletroencefalograma, capaz de captar a atividade cerebral e transmitir seus dados, em tempo real, via *bluetooth*, para celulares, computadores e *tablets*⁸⁰ – promete ser o fator determinante para que o treinamento pré-frontal se torne algo viável, facilitando enormemente ao indivíduo o acesso aos próprios padrões de atividade cerebral e, com isso, permitindo uma autoanálise na tentativa de reformar o próprio comportamento.

Conclusão

⁷⁸ *Ibidem*, p. 196.

⁷⁹ EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*, cit., p. 153.

⁸⁰ SEGRAN, Elizabeth. *NeuroFocus uses neuromarketing to hack your brain*. Fastcompany, 08/08/2011. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/1769238/neurofocus-uses-neuromarketing-hack-your-brain>>. Acesso em: agosto de 2020.

Ao final das reflexões propostas, acredita-se ter sido construído um panorama geral que permite vislumbrar que a neurociência aplicada ao direito, em especial ao direito do consumidor, pode angariar benefícios “também para o consumidor, contanto que haja vigilância e adesão às leis que oferecem proteção ao abuso do cidadão”.⁸¹

Não obstante ser necessário e viável ao direito a manutenção da concepção de ser humano livre e dotado de livre-arbítrio, o estudo jurídico atual não pode fechar os olhos para as evidências apresentadas pelos estudos neurocientíficos, que demonstram a falibilidade humana e a tomada recorrente de decisões automatizadas e impensadas.

A neurociência traz provocações merecedoras de atenção e debate, imprescindíveis à modernização do ordenamento jurídico. Enquanto tais questões forem negligenciadas, agentes privados se valerão das descobertas neurocientíficas em detrimento dos consumidores, que não poderão usufruir da proteção devida.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Felipe Cavalcante de; Arruda, Danielle Miranda de Oliveira. O *neuromarketing* e a neurociência do comportamento do consumidor: o futuro por meio da convergência de conhecimentos. *Ciências e Cognição*, 2014, Vol. 19(2), p. 278-297.
- ALVES JUNIOR, Sérgio Itamar. *O princípio da vulnerabilidade do consumidor e a neurociência do consumo*. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – Centro Universitário Curitiba, Curitiba.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Rotulagem nutricional obrigatória: manual de orientação às indústrias de Alimentos. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. [et al.]. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5a. ed. São Paulo: Thomson Reuters – RT, 2017.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; Bessa, Leonardo Roscoe; Marques, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BRONZATTI, Rafael; Damascena, Cláudio; Pacheco Junior, José Carlos Schaidhauer. Pré-ativação: o efeito *priming* nos estudos sobre o comportamento do consumidor. *Estudos e pesquisas em psicologia*, v. 15, n. 1, 2015.
- COLAFERRO, Cláudia. *A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor*. 2011. Dissertação de Mestrado – Departamento de Administração de Empresas da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- DIAS, Alvaro Machado. Das ‘neurociências aplicadas ao marketing’ ao ‘neuromarketing integrativo’. *Ciências & Cognição*, 2012, Vol. 17 (1): 178-189.
- DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972.
- EAGLEMAN, David. *Cérebro: uma biografia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.
- EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

⁸¹ COLAFERRO, Cláudia. *A contribuição do neuromarketing para o estudo do comportamento do consumidor*, cit., p. 88.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HARRIS, Sam. *Free will*. New York: Free Press, 2012.

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

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

MAFFEI, Lamberto. *Elogio da lentidão*. Lisboa: Edições 70, 2014.

MARTEL, Leticia Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 475f. Rio de Janeiro, 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

MIRAGEM, Bruno. *Custo de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SEGRAN, Elizabeth. *NeuroFocus uses neuromarketing to hack your brain*. Fastcompany, 08/08/2011. Disponível em: <<https://www.fastcompany.com/1769238/neurofocus-uses-neuromarketing-hack-your-brain>>. Acesso em: agosto de 2020.

SCHULTZ, Duane; Schultz, Sydney Ellen. *História da psicologia moderna*. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SUNSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide, 37 *J. Consumer Pol'y* 583 (2014).

SUNSTEIN, Cass R; Thaler, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003.

VALDÉS, Ernest Garzón. ¿Es eticamente justificable el paternalismo jurídico?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, nº 5, 1998.

civilistica.com

Recebido em: 15.8.2020
Aprovado em:
1.10.2020 (1º parecer)
1.10.2020 (2º parecer)

Como citar: EFING, Antônio Carlos; GUARAGNI, Giovanni Vidal. Neurociência e direito: implicações na (des)proteção do consumidor brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/neurociencia-e-direito/>>. Data de acesso.