

OS NUDGES DIGITAIS E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

DIGITAL NUDGES AND THE POSSIBILITY OF ITS USE IN MATTERS OF PERSONAL DATA PROTECTION BY PUBLIC AUTHORITIES

Alfredo Copetti Neto¹

Professor e Coordenador do PPGD (UNIVEL, Cascavel/PR, Brasil)

Pablo Esteban Fabricio Caballero²

Mestre em Direito, Inovação e Regulações (UNIVEL, Cascavel/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito público; proteção de dados e privacidade.

RESUMO: Este artigo tem por finalidade compreender e analisar se é possível, ao Poder Público, se valer dos *nudges* digitais como ferramenta de incentivo à proteção de dados, especialmente quando o Estado se relaciona com os indivíduos por meios eletrônicos. Para isso, utiliza-se o método de abordagem dedutiva

por meio de técnica essencialmente qualitativa e abordagem crítica, de forma que será analisada a proteção de dados no Brasil atualmente e o papel e as responsabilidades do Poder Público nesse âmbito. Em seguida, pretende-se compreender a base economia comportamental e o surgimento dos *nudges*, para, na sequência, averiguar de que forma essa ferramenta pode ser benéfica quando utilizada pelo Estado em

¹ Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre UNIROMATRE, 2010. Professor Visitante na Università di Roma (LaSapienza), Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). *E-mail:* alfredocopetti@yahoo.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6336504347602827>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6997-9603>.

² Mestre em Direito pela UNIVEL. Pós-Graduado em *Compliance* e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foi Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da UNIVEL. Membro do Projeto de Pesquisa Fundamentos do Compliance e sua Efetividade do PPGD – UNIVEL. *E-mail:* pablocaballeroadv@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7172549373081339>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4657-8903>.

políticas públicas, bem como se é possível o seu uso em matéria de proteção de dados. Buscar-se-á destacar o processo de instrumentalização digital, que tem sido adotado pelo Poder Público, como no caso da Lei de Governo Digital, e incluir exemplos de utilização de *nudges* nos meios eletrônicos, com o objetivo de compreender se existe alguma relação que possibilite a sua utilização por parte dos Governos. Destaca-se a existência de discussões éticas acerca da aplicação dos *nudges* em face da autonomia individual. Ao final, conclui-se que é possível e pode ser benéfica a utilização de *nudges* digitais por parte do Poder Público com a finalidade de incentivar a adoção de medidas de proteção de dados pessoais aos cidadãos, especialmente quando se faz o uso de plataformas digitais.

ABSTRACT: *This article aims to understand and to analyze whether it is possible, to the public authority, to use digital nudges as a tool to encourage data protection, especially when the State relates to individuals by electronic media. For this, the deductive approach through critical technique is used, so that the current data protection status in Brazil will be analyzed, as well as the role and responsibilities of public authorities in this context. In the sequence, it is intended to understand the foundations of behavioral economics and the emergence of nudges, for, in sequence, find out in which way that tool can be beneficial when used by the State in public policies, as well as if it is possible to use it in data protection matters. It will seek to highlight the process of digital instrumentation, which has been adopted by the Public Power, as in the case of Digital Government Law, and include examples of the use of digital nudges electronically, with the objective of understanding if there is a relationship of that makes it possible for governments to use them. Finally, it is concluded that it is useful and beneficial if the public authority use digital nudges with the purpose of encouraging citizens to adopt data protection measures, especially when using public protection for the purpose of protecting citizens, especially when a digital platform is used.*

PALAVRAS-CHAVE: *nudges; utilização; proteção de dados; Poder Público.*

KEYWORDS: *nudges; use; data protection; Public Power.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 A proteção de dados pessoais no Brasil e o papel do setor público; 2 A economia comportamental e os nudges; 3 A arquitetura de escolhas e os nudges; 4 A utilização dos nudges digitais; Considerações finais; Referências.*

SUMMARY: *Introduction; 1 Personal data protection in Brazil and the role of the public sector; 2 Behavioral economics and nudge; 3 The choice architecture and nudges; 4 Use of digital nudge; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar se é possível, ao Poder Público, se valer do uso da ferramenta do *nudge* no contexto de proteção de dados pessoais, especialmente quando da sua atuação de prerrogativa estatal com os cidadãos.

O *nudge* é um conceito que surge da economia comportamental, uma área da ciência que envolve economia e psicologia, e que tem ganhado cada vez mais relevância em diversos contextos.

A economia comportamental propõe que a tomada de decisão por parte dos indivíduos não é sempre feita de forma tão racional como a teoria da racionalidade econômica prediz. Em um processo de ruptura com essa teoria, os teóricos da economia comportamental verificaram que o processo decisório está sujeito a heurísticas e vieses cognitivos, que influenciam diretamente no processo de decisão dos indivíduos nas mais diversas áreas, como nas finanças, na saúde, na alimentação, etc.

Com base, especialmente, nos estudos conduzidos por dois psicólogos israelenses, Daniel Kahneman e Amos Tversky, precursores da economia comportamental, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein propõe a utilização de arquiteturas de escolhas para influenciar o processo de tomada de decisão dos indivíduos, garantindo-lhes escolhas mais seguras e potencialmente benéficas. Essa ferramenta recebeu o nome de *nudge*.

O *nudge* pode ser considerado como uma ferramenta revolucionária, e que passou a ser adotada nas políticas públicas de diversos países, como os Estados Unidos e o Reino Unido, por exemplo.

Com base nisso, o presente artigo pretende analisar se é possível ao Poder Público brasileiro adotar o *nudge* como uma ferramenta de incentivo à proteção de dados dos indivíduos, especialmente quando o Estado se propõe a realizar algumas de suas atribuições por meio eletrônico, como no caso dos serviços públicos prestados de forma digital.

Neste contexto, ressalta-se que a tecnologia é realidade do dia a dia dos cidadãos e do próprio Estado e dos seus órgãos, uma vez que a prestação de serviços públicos já ocorre, muitas vezes, de maneira digital, em um processo cuja tendência é de expansão, especialmente com as diretrizes trazidas ao ordenamento jurídico pela Lei do Governo Digital.

Consoante a necessária atuação do Poder Público na proteção dos direitos dos indivíduos, bem como a sua recente inclusão como direito fundamental, é importante verificar se seria possível a adoção, por parte dos órgãos estatais, de ferramentas como os *nudges* em políticas públicas de incentivo à proteção dos dados dos cidadãos, e se isso poderia ter repercussões benéficas aos cidadãos.

Com esse objetivo, usar-se-á do método dedutivo, com técnica de abordagem essencialmente crítica, a partir de pesquisa documental, normativa e bibliográfica, iniciando com breves comentários acerca da legislação de proteção de dados no Brasil e o papel do setor público, para avançar na compreensão das bases da economia comportamental, e uma posterior análise acerca da possibilidade de utilização de *nudges* no contexto de proteção de dados por parte do Poder Público.

1 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E O PAPEL DO SETOR PÚBLICO

Até recentemente, o Brasil não contava com uma lei que assegurasse amplamente a proteção de dados de seus cidadãos. Apenas em 2018 o País aprovada uma norma que garante a proteção de dados pessoais, e que recebeu o nome de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)³.

Mais recentemente, o Congresso Nacional promulgou a Emenda à Constituição nº 115/2022, que alterou a Constituição da República para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e as garantias fundamentais e para assegurar a competência privativa da União para legislar sobre o assunto⁴.

A Emenda incluiu o inciso LXXIX no art. 5º da Constituição da República para definir que é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais⁵.

³ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [2022? a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Presidência da República, [2022? b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁵ *Ibid.*

Ainda, ressalta-se que a Emenda Constitucional nº 115/2022 atribui competência exclusiva à União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, a partir da inclusão do inciso XXX no art. 22 da Constituição. Também passa a ser competência da União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei, por meio da inclusão no texto constitucional do inciso XXVI no seu art. 21⁶.

É importante salientar também a definição de “Poder Público” que se utiliza no presente artigo, tem base nas definições da própria Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) define o termo “Poder Público” de forma ampla, abrangendo órgãos e entidades dos entes federativos, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dos três poderes constitucionais, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, inclusive dos Tribunais de Contas e o Ministério Público. São incluídos, ainda, no conceito de Poder Público, de acordo com a lei, os serviços notariais e de registro, no art. 23, § 4º, e as empresas públicas e sociedades de economia mista, no art. 24, desde que, no caso destas, não atuem em regime de concorrência ou operacionalizem políticas públicas no seu âmbito de execução⁷.

Quanto ao tratamento de dados por parte do Poder Público, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece claramente que as regras e os princípios nela estabelecidos devem ser seguidos por todos os que são definidos como agentes de tratamento, incluindo-se o Poder Público.

O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deve ter base em uma das hipóteses previstas no art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ou, no caso de dados sensíveis, na previsão do art. 11, que devem ser interpretados em constância com o disposto no art. 23 da lei, que tem a função de auxiliar na interpretação e aplicação na prática das hipóteses legais.

Tais artigos definem a base legal aplicável para o tratamento de dados por parte do Poder Público. Em função da necessidade de limitação no presente trabalho, mas com o objetivo de aclarar ao leitor um pouco acerca

⁶ *Ibid.*

⁷ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) (org.). *Guia Orientativo: tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. ANPD, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

das hipóteses de tratamento de dados por parte do Poder Público, a análise a seguir buscará tratar apenas acerca das principais bases legais para tratamento por esses entes: o consentimento, o legítimo interesse, a execução de políticas públicas e o cumprimento de obrigação legal e regulatória.

O consentimento é, conforme definição legal, uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. Ainda, caso o tratamento envolva dados sensíveis, o consentimento deve ser fornecido de forma específica e destacada, também para finalidades específicas⁸.

Ocorre que o consentimento nem sempre será a base legal mais adequada para tratamento, especialmente quando houver embasamento em outra hipótese de tratamento por parte do Poder Público, como o cumprimento de obrigações ou atribuições legais. Nessas situações, o ente ou os seus órgãos exercem prerrogativas estatais, que se impõe aos titulares dos dados, e não haveria margem de escolha para o titular aceitar ou recusar o tratamento de seus dados, o que dependeria de sua manifestação de vontade, em prejuízo da atuação do Poder Público⁹.

Quando, porém, a utilização dos dados não seja obrigatória e a atuação estatal não tenha como base o seu exercício de prerrogativas legais, é possível o uso do consentimento como base legal para o tratamento de dados por parte do Poder Público, como no caso, por exemplo, de uma inscrição para um evento acadêmico realizado por uma Universidade Pública, quando nesta ocorrer a coleta de dados para envio informativo de outros eventos via *e-mail*, por exemplo. Nesse caso, o consentimento seria a base legal adequada, uma vez que o fornecimento do *e-mail* é facultativo e não prejudicaria a participação no evento¹⁰.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [2022?a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

⁹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) (org.). *Guia Orientativo: tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. ANPD, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

¹⁰ *Ibid.*

O legítimo interesse, por sua vez, seria justificável quando o tratamento de dados pessoais não sensíveis seja necessário para atender a interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto quando não prevaleçam direitos e liberdades fundamentais do titular que demandem a proteção de seus dados¹¹.

Para o uso por parte do Poder Público da hipótese de legítimo interesse, é necessária a ponderação proporcional entre os interesses do controlador ou de terceiro e aquelas que seriam as legítimas expectativas do titular dos dados. Assim como no caso do consentimento, o legítimo interesse possui aplicabilidade limitada para o Poder Público, uma vez que o seu uso não é adequado quando o tratamento for compulsório ou necessário para que o ente ou os seus órgãos cumpram uma obrigação ou atribuição legal¹².

Dessa forma, deve haver a ponderação equilibrada dos interesses do Poder Público ou de terceiros com a legítima expectativa do titular, e a utilização dos dados não deve ser obrigatória ou decorrer de cumprimento de atribuição ou obrigação legal.

A hipótese de tratamento de dados para execução de políticas públicas encontra previsão no inciso III do art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e permite o tratamento para a execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres¹³.

Para a adequação do uso dessa hipótese de tratamento de dados, os órgãos ou as entidades envolvidas deverão estar em atuação no seu poder típico de função administrativa, com finalidade de execução de políticas públicas¹⁴.

O que é política pública, por outro lado, não encontra definição na legislação de proteção de dados, mas, conforme a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), deve ser definida em ato formal que a institui (lei,

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [2022?]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

¹² ANPD, *op. cit.*

¹³ BRASIL, *op. cit.*

¹⁴ ANPD, *op. cit.*

regulamento ou ajuste contratual), bem como, no aspecto material, encontrar respaldo em um programa ou ação governamental específica¹⁵.

Já a hipótese de tratamento prevista no inciso II do art. 7º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) envolve o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo Poder Público¹⁶.

Nesse caso, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), no seu “Guia Orientativo Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público”, descreve que devem ser considerados dois contextos normativos distintos, que envolvem normas de conduta e normas de organização¹⁷.

As normas de conduta decorrem diretamente de uma obrigação legal, com alguma possível consequência em caso de descumprimento. É o caso, por exemplo, da necessidade de divulgação da agenda de compromissos públicos das autoridades, prevista no art. 11 da Lei nº 12.813/2013. Assim, o tratamento dos dados pessoais é necessário para se atender a uma previsão de natureza legal ou regulatória¹⁸.

Já no caso das normas de organização, essas são as regulações estabelecidas por órgãos ou entidades dentro de suas competências e atribuições, ou seja, envolve a sua própria estruturação. Essas normas podem atribuir competências ou definir procedimentos, por exemplo. Então, nesse caso, o tratamento de dados pessoais pode ser necessário e está diretamente relacionado à necessidade do órgão ou da entidade de tratar os dados pessoais com vista ao cumprimento e à execução de atribuições legais que lhe são típicas, sempre com base no interesse público¹⁹.

¹⁵ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) (org.). *Guia Orientativo: tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. ANPD, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [2022?]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

¹⁷ ANPD, *op. cit.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

Ainda, o Poder Público sempre deve respeitar os princípios previstos no art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), especialmente quanto à finalidade e adequação, à necessidade, à transparência e ao livre acesso²⁰.

Compreendendo-se, assim, a relevância que a temática de proteção de dados assume no Brasil atualmente, por definição constitucional e legal, verifica-se a necessidade de o Poder Público respeitar e se adequar aos princípios e fundamentos que norteiam a proteção de dados pessoais, e, inclusive, de atuar de forma não apenas reativa, mas protetiva dos dados pessoais dos cidadãos, promovendo as ações que se façam necessárias na consecução desse objetivo.

2 A ECONOMIA COMPORTAMENTAL E OS NUDGES

A economia comportamental, também conhecida como *behavioral economics*, é uma área interdisciplinar da ciência que se destina ao estudo do comportamento humano, especialmente quando ao processo de tomada de decisão, interligando a psicologia e a economia.

O precursor das pesquisas em economia comportamental foi Herbert Simon, um acadêmico que passou a maior parte da carreira na *Carnegie Mellon University*. Simon, apesar de erudito em diversas áreas das ciências sociais, contribuiu relevantemente para a economia comportamental no que chamou de racionalidade limitada, com a teoria de que esta trazia uma limitação na resolução de problemas complexos²¹.

Foi apenas na década de 1970, porém, que dois psicólogos israelenses, Amos Tversky e Daniel Kahneman, foram capazes de trazer uma mudança radical na forma com a qual os psicólogos e os economistas estudam o pensamento humano. No trabalho original, a dupla identificou o que chamaram de três heurísticas, ou “regras gerais”, cada uma possuindo certos vieses. Essa pesquisa revolucionária foi conhecida, então, como a abordagem de “heurísticas e vieses”²².

²⁰ *Ibid.*

²¹ THALER, R. H. *Misbehavioring: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. p. 37.

²² THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 33.

Thaler e Sunstein²³ explicam que as pessoas, em geral, em razão da complexidade que é inerente à vida, utilizam regras gerais para dar rapidez e utilidade às decisões ou ao pensamento. Ocorre que, por diversas vezes, é que essas regras gerais terminam por criar vieses sistemáticos.

Kahneman e Tversky identificaram que as heurísticas seriam justamente essas regras gerais, e que existem três – a ancoragem, a disponibilidade e a representatividade –, cada qual com certos vieses que delas resultam²⁴.

No caso da ancoragem, o processo funciona a partir de uma âncora, que é o valor que é conhecido, para então se fazer ajustes na direção que pode se considerar adequada ao caso. Nessa situação, o viés atua, pois, os ajustes, em geral, não são suficientes. Isso influencia, então, no processo de tomada de decisão, como no caso de instituições de caridade que pedem doações, estabelecendo valores predefinidos, como 100, 250, 500 ou 1 mil dólares. A ancoragem atua, então, como uma sugestão sutil de um ponto de partida²⁵.

A heurística da disponibilidade, por sua vez, funciona como uma avaliação de um risco acontecer de acordo com a probabilidade na qual os indivíduos entendem aquela questão. Um exemplo disso seria que, após os atentados de 11 de setembro de 2001, o terrorismo passou a ser considerado, para os americanos, um risco mais provável e grave. A própria acessibilidade e a visibilidade da questão estão intimamente relacionadas à heurística da disponibilidade. Essa heurística explica como muitos comportamentos ocorrem quando relacionados aos riscos, incluindo decisões do setor público e privado, inclusive afetando políticas governamentais, uma vez que o Estado tende a destinar recursos aquelas áreas nas quais a população tem mais temor, e não naquelas onde o risco pode, realmente, ocorrer²⁶.

A terceira heurística, a da representatividade, pode ser entendida também como similaridade, e ocorre quando se questiona a possibilidade de A pertencer a certa categoria B, levando à escolha por similaridade por parte dos indivíduos, tratando-se de erro lógico. Isso ocorre, especialmente, quando há

²³ *Ibid.*, p. 33.

²⁴ *Ibid.*, p. 33.

²⁵ *Ibid.*, p. 34-35.

²⁶ *Ibid.*, p. 35-36.

divergência entre similaridade e frequência, e pode levar a sérias distorções na percepção dos indivíduos²⁷.

O que Kahneman e Tversky procuravam destacar, então, era que tais erros não eram simplesmente aleatórios, mas resultados de certas heurísticas e vieses cognitivos. Haveria, portanto, uma tendência comportamental pelo ser humano de se apoiar nessas heurísticas e nesses vieses cognitivos, o que levaria a decisões equivocadas e baseadas em escolhas mentais muitas vezes automatizadas.

Posteriormente, ainda, os psicólogos chegaram à conclusão de que as heurísticas e os vieses surgem a partir da interação do que chamam de sistema automático e reflexivo²⁸.

Para facilitar a compreensão, o sistema 1 também pode ser chamado de sistema automático, enquanto o sistema 2 pode ser chamado de sistema reflexivo. O sistema 1, ou sistema automático, é fácil, descontrolado, associativo, rápido, inconsciente e prático, enquanto o sistema 2, ou sistema reflexivo, é controlado, complicado, dedutivo, lento, autoconsciente e obedece às regras²⁹.

O modelo de sistema dual de Kahneman foi descrito com acuidade no livro *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, em um modelo já amplamente utilizado em psicologia, que define o sistema automático como o que opera automaticamente e de forma rápida, exigindo pouco ou nenhum esforço e que não leva à percepção de controle. Já o sistema reflexivo se concentra nas atividades mentais mais complexas, e muitas vezes exigem a escolha e concentração, variando de acordo com a experiência subjetiva do indivíduo³⁰.

Assim, o sistema automático ou sistema 1 é rápido, instintivo, não podendo ser relacionado diretamente com o que chamamos de “pensamento”. Neurologistas já descobriram que esse sistema está associado a uma parte mais antiga do cérebro humano, partes que temos em comum com lagartos e cachorros, por exemplo. Já o sistema reflexivo, ou sistema 2, é mais consciente.

²⁷ *Ibid.*, p. 37-38.

²⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁹ *Ibid.*, p. 30.

³⁰ KAHNEMAN, D. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. E-book Kindle, pos. 400.

Como exemplo, considere-se que as pessoas que falam uma língua materna o fazem usando o sistema automático, enquanto aquelas que falam uma segunda língua com certo esforço podem estar usando o sistema reflexivo. O bilíngue seria, por exemplo, a pessoa que fala dois idiomas utilizando o sistema automático³¹.

O sistema automático usa, portanto, uma reação intuitiva, enquanto o sistema reflexivo usa o pensamento de forma mais consciente.

Dessa forma, o sistema reflexivo seria o encarregado pelo raciocínio mais lento, o pensar com mais cuidado e racionalidade, e o sistema automático, por outro lado, estaria mais condicionado a dar respostas enviesadas, como no caso das heurísticas, pois atua de forma mais rápida e automática, e, por muitas vezes, em contrariedade ao sistema reflexivo.

Como o sistema automático opera, então, automaticamente, não podendo ser simplesmente “desligado”, termina, por muitas vezes, se sobrepondo ao sistema reflexivo, especialmente quando alguns dos vieses estiverem envolvidos no processo³².

O que ocorre, portanto, é que, no dia a dia, e em um processo de simplificação adotado pelo cérebro, utiliza-se do sistema automático para a tomada de decisões, muitas vezes em sobreposição automática ao sistema reflexivo. A intuição do sistema automático, apesar de poder ser bastante precisa, leva, muitas vezes, ao cometimento de erros pela confiança excessiva nesse sistema.

Soma-se a isso o fato de que todo o processo cognitivo está sujeito a certos vieses cognitivos, como no caso do otimismo e excesso de confiança, as noções de perdas e ganhos, o viés do *status quo*, o enquadramento ou *framing*, entre outros³³.

Por esse motivo, Thaler e Sunstein propõe a arquitetura de escolhas, a partir dos *nudges*, como forma de auxiliar os indivíduos a tomarem melhores decisões com o menor prejuízo possível.

³¹ THALER; SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 30-31.

³² KAHNEMAN, *op. cit.*, pos. 568.

³³ THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 43-47.

3 A ARQUITETURA DE ESCOLHAS E OS NUDGES

Uma vez que as pessoas possuem uma tendência basicamente natural, em decorrência dos sistemas de tomada de decisão, a cometer certos erros, propõe-se a adoção da arquitetura de escolhas, com base no paternalismo libertário, de forma a oferecer um *nudge* que tenha maior chance de auxiliar os indivíduos, ao mesmo tempo em que busca garantir o menor prejuízo possível³⁴.

A arquitetura de escolhas seria basicamente, então, o uso de ferramentas para auxiliar os indivíduos no processo de tomada de decisão, como o *nudge*, a partir, por exemplo, de opções-padrão ou incentivos, caso a situação o permita, ao mesmo tempo em que se promove *feedback* aos indivíduos e promove a estruturação de decisões complexas³⁵.

O uso da opção-padrão seria a utilização de uma opção que prevalecerá quando outra não seja a escolhida pelo indivíduo, o que oferecerá uma ideia de ação normal ou recomendada em uma certa situação específica³⁶.

Os incentivos, por sua vez, ocorrem com a adoção de incentivos adequados, instigando o tomador de decisão a adotá-la³⁷.

Os *nudges* podem ser definidos, então, como o fornecimento de incentivos para que os indivíduos possam deles se valer, especialmente quando da tomada de decisões complexas, ou quando não conseguem compreender determinadas questões da situação de forma facilitada³⁸.

Conforme deixam claro Thaler e Sunstein, se os arquitetos de escolhas buscam mudar certos comportamentos com os *nudges*, podem apenas, por exemplo, informar às pessoas o que as outras pessoas estão fazendo³⁹.

Considere-se o exemplo de uma ação real adotada pelo Governo do Estado de Minnesota, nos Estados Unidos, que visava ao cumprimento de obrigações fiscais. Grupos de contribuintes do Fisco receberam quatro tipos de

³⁴ *Ibid.*, p. 87.

³⁵ *Ibid.*, p. 97-114.

³⁶ *Ibid.*, p. 101.

³⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

³⁸ *Ibid.*, p. 87.

³⁹ *Ibid.*, p. 79.

informação. O primeiro ficou sabendo que os seus impostos se destinavam ao uso social em educação, policiamento e serviços de bombeiros. Outro grupo sofreu ameaças sobre a possibilidade de punição por parte do Estado. Outro grupo foi orientado sobre como receber ajuda no caso de dificuldades para o cumprimento das obrigações tributárias. Outro grupo, o quarto, foi informado de que 90% dos moradores do Estado de Minnesota estavam regulares com o Fisco, com o pagamento das obrigações em dia. Essa última intervenção foi a que mais surtiu efeito. Ao receberem a informação de que o nível de obediência à lei fiscal era alto, os contribuintes se tornaram menos propensos a descumprir com as suas obrigações⁴⁰.

Esse é um exemplo de que, em certas situações, é possível utilizar os *nudges* para incentivar comportamentos desejados, e apenas informando a população do comportamento de outros indivíduos.

A aplicação dos *nudges* teria como finalidade o aumento do bem-estar em setores como educação, saúde, finanças, segurança, etc., e é um procedimento não obrigatório, funcionando como um incentivo à disposição do indivíduo quando do processo de decisão⁴¹.

Resta claro, portanto, que a economia comportamental se preocupa com o processo de tomada de decisão dos indivíduos, indicando a necessidade de, em alguns casos, optar-se pela arquitetura de escolha por meio dos *nudges*.

4 A UTILIZAÇÃO DOS *NUDGES* DIGITAIS

É possível, então, ao Poder Público valer-se da utilização de *nudges* com a finalidade de auxiliar os indivíduos a tomarem medidas no sentido de proteger os seus dados?

É importante ressaltar que o *nudge* tem ganhado relevância no campo das políticas públicas. No contexto político dos Estados Unidos, por exemplo, especialistas no assunto foram nomeados para atuar no governo durante o mandato do Presidente Barack Obama, como é o caso de Cass R. Sunstein, um

⁴⁰ *Ibid.*, p. 80.

⁴¹ RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, ed. 2, p. 456-471, 2018, p. 466. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em: 25 fev. 2022.

dos autores do livro *Nudge*⁴². Muitos países, então, têm adotado essa ferramenta no contexto de suas políticas públicas⁴³.

Várias políticas governamentais têm, portanto, sido adotadas para incentivar, por exemplo, o uso de capacetes por motociclistas ou a luta contra o vício no cigarro, entre várias outras políticas públicas⁴⁴.

Uma vez que, conforme já restou destacado no tópico anterior, os indivíduos estão sujeitos a várias armadilhas ou enganos por parte dos vieses cognitivos, existe a ideia de que caberia ao Estado, na sua missão de atender ao bem-estar social, adotar políticas públicas que tragam incentivos para uma melhor tomada de decisão por parte dos cidadãos⁴⁵.

Para os próprios teóricos do campo da economia comportamental, essa arquitetura de incentivos já é adotada socialmente, com fins benéficos e inclusive maléficos. Exemplo disso seria a oferta de serviços e bens por meio de indução psicológica aos consumidores na esfera privada⁴⁶.

Na sociedade atual, dados pessoais são transformados em experiências de comportamento, constituindo uma prática de mercado. O mercado se vale do envio e recebimento de sinais aos indivíduos (estímulos), para atingir uma ação desejada. Isso ocorre também, por exemplo, na configuração de aplicativos e no próprio desenho de plataformas digitais, que são criados e aperfeiçoados para proporcionar estímulos aos indivíduos⁴⁷.

O controle sobre os dados pessoais é, então, uma ferramenta de mercado e de poder, e se trata de um processo desigual entre as partes envolvidas, especialmente quando há a transformação dos dados em perfis de consumo. As decisões, então, não ocorrem de forma transparente, mas sim de escolhas

⁴² Cass R. Sunstein foi nomeado Administrador do Escritório de Informações e Assuntos Regulatórios da Casa Branca, de 2009 a 2012, durante a administração do Presidente Barack Obama.

⁴³ RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, ed. 2, p. 456-471, 2018, p. 466. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em: 25 fev. 2022.

⁴⁴ THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 237-238.

⁴⁵ RIBEIRO; DOMINGUES, *op. cit.*, p. 466.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 466.

⁴⁷ SOMBRA, T. L. S. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 148.

subscientes que são fomentadas pelos agentes de mercado digital, como ocorre nas “plataformas gratuitas” de fornecimento de cupons de desconto ou programas de fidelização⁴⁸.

Existe um problema muito sério, portanto, que é o uso de dados pessoais e seu tratamento inadequado para finalidades econômicas de empresas ou grupos privados, o que já é uma discussão relevante nos últimos anos em matéria de proteção de dados, e que levou ao surgimento de diversas novas regulações, com destaque ao contexto da União Europeia, por meio do *General Data Protection Regulation* (GDPR), e, do Brasil, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Assim, caberia ao Estado a missão de orientar os indivíduos a protegerem os seus dados pessoais, por meio do uso da arquitetura de escolhas e dos *nudges*? Seria relevante que o governo digital adotasse essa estratégia quando da prestação de serviços públicos por meio eletrônico?

Entende-se que, em face da problemática que envolve a utilização de dados pessoais de cidadãos de forma indevida para a efetivação de interesses privados/particulares, a arquitetura de escolhas por parte do Estado não só estaria justificada, mas é fundamental, desde que, é claro, preserve a liberdade dos indivíduos e os seus direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que os incentiva a proteger seus dados pessoais. A utilização dos *nudges* já é uma realidade, e o Estado pode se valer de seu importante papel nas mais diversas áreas, incluindo proteção de dados, sempre com a finalidade de atender ao melhor interesse dos cidadãos.

Na sociedade digital do século XXI, o próprio Estado já presta diversas atribuições por meio digital. Não por outra razão, a própria Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) já prevê o tratamento de dados por parte do Poder Público, e, mais importante ainda, a proteção de dados constitui direito fundamental do cidadão por mandamento constitucional.

Parece plenamente justificado, então, que o Estado possa se valer dos *nudges*, inclusive em matéria de proteção de dados, para incentivar, por exemplo, a que os indivíduos mantenham cuidados e maiores medidas de segurança acerca da proteção de seus dados pessoais, especialmente quando

⁴⁸ *Ibid.*, p. 148/149.

do cumprimento de suas atribuições e seus deveres pelos meios digitais, o que pode promover, também, a educação digital dos cidadãos.

Soma-se a isso o fato de que a instrumentalização digital, inclusive nas atribuições governamentais e no fornecimento de serviços aos cidadãos, é um caminho sem aparente retorno.

Nesse sentido, a Lei federal nº 14.129/2021, intitulada de Lei do Governo Digital, pretende o aumento da eficiência na prestação dos serviços públicos, e dispõe sobre princípios, regras e instrumentos de governo digital no âmbito da União, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, incluídos o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público. A lei ainda abre a possibilidade de sua adoção por parte dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, desde que o façam por ato normativo próprio⁴⁹.

Inclusive, constituem princípios da Lei de Governo Digital a possibilidade dos cidadãos, das pessoas jurídicas e dos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial (inciso III do art. 3º), bem como o estímulo a ações educativas para qualificação dos servidores públicos para o uso das tecnologias digitais e para a inclusão digital da população (inciso XX do art. 3º) e a proteção de dados pessoais, com base na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁵⁰.

A princípio, apesar de a reforma recente do texto constitucional ter limitado à União a competência para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados, isso não significa dizer que os demais entes federativos – nesse caso, os Estados e os Municípios – não poderão adotar políticas públicas que visem a garantir que os seus cidadãos, na utilização de serviços públicos de forma digital, sejam incentivados, por meio de *nudges*, a adotar medidas que possam reforçar a sua segurança cibernética e a proteção dos seus dados.

Ou seja, aos Estados e aos Municípios não cabe omitir-se quanto à adoção de políticas públicas para a proteção de dados dos seus indivíduos, essencialmente quando da oferta e do fornecimento de serviços públicos por

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. [2022?c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

⁵⁰ *Ibid.*

meio digital, sob a alegação de que essa seria uma competência única e exclusiva da União, visto que a utilização da tecnologia é cada vez mais difundida, com o processo de digitalização dos serviços públicos. É dever do Estado promover ações que possam assegurar que os indivíduos tenham maior proteção dos seus dados pessoais no contexto digital, inclusive por meio de ferramentas como os *nudges* digitais.

Dessa forma, a proteção de dados pessoais constitui um princípio também da Lei de Governo Digital, o que, claramente, demandará ações por parte do Poder Público, tornando-se relevante a consideração do uso dos *nudges* por meio de suas plataformas de governo digital.

Um exemplo com relação à relevância de se considerar o papel das heurísticas no comportamento digital dos cidadãos é o fato de que, muitas vezes, os dados pessoais são revelados sem cuidado, pois o risco de sofrer monitoramento não desejado é algo menos tangível para muitas pessoas, o que está diretamente relacionado à heurística da disponibilidade. Obviamente, essa conclusão não é verdadeira, mas é comum, e desvia o comportamento racional dos indivíduos. É nesse ponto, justamente, que um *nudge* pode ser uma ferramenta essencial, especialmente as opções-padrão de privacidade⁵¹.

Os *nudges* de apresentação, especialmente aqueles que se enfocam nos efeitos do enquadramento ou *framing*, também são relevantes, como no caso de fontes coloridas para chamar a atenção a uma certa alternativa de decisão. Ainda, os *nudges* de *feedback* podem ser importantes para que o indivíduo tenha consciência das suas decisões e consequências, bem como os *nudges* de efeitos de influência social, que são baseados nos princípios de normas sociais. A combinação desses mecanismos de *nudge* também pode representar um campo favorável e garantir aos indivíduos a sua autodeterminação informativa⁵².

Um exemplo de *nudge* digital que poderia ser utilizado nas plataformas de governos digitais para incentivar os cidadãos a garantir maior proteção aos seus dados pessoais é o incentivo à escolha de senhas de autenticação fortes, para garantia de maior segurança.

⁵¹ BAREV, T. J.; JANSON, A. *Towards an Integrative Understanding of Privacy Nudging – Systematic Review and Research Agenda*. 18th Annual Pre-ICIS Workshop on HCI Research in MIS (ICIS), 2019. p. 3-4. Disponível em: <https://www.alexandria.unisg.ch/258828/>. Acesso em: 26 fev. 2022.

⁵² *Ibid.*, p. 4-5.

Um problema com relação ao uso de senhas de autenticação é que esta deve ser fácil a ponto do seu criador dela se recordar, mas difícil para outros de descobri-la. Uma consequência natural disso, porém, é de que muitos usuários escolhem a memorização mais fácil em vez da segurança, escolhendo senhas inseguras ou “fracas”. Uma forma possível de se influenciar a escolha dos indivíduos para direcioná-los a escolhas de senhas mais seguras seria o uso de *feedback* visual, gerando uma espécie de metragem de “medidor de força de senha”⁵³.

Ocorre que, muitas vezes, esses “medidores de força de senha”, destacados visualmente e em cores, são inconsistentes e confusos, e podem prejudicar o próprio objetivo dessa ferramenta. Uma outra forma de fazer isso seria, por exemplo, a partir do uso e da apresentação de informações de contexto nos medidores de força de senha, o que levaria ao entendimento da mensagem por parte dos usuários, e direcionando-os a um comportamento de segurança mais seguro durante o processo de escolha da senha de autenticação⁵⁴.

Também, nesse caso, seria relevante a criação de um *link*, abaixo do indicador de segurança de senha, com o título de “dicas para a segurança da senha”, o que poderia levar os usuários a tentar entender mais acerca dos riscos envolvidos no uso das senhas de autenticação⁵⁵.

Em estudo apresentado na 50ª Conferência Internacional em Ciências de Sistemas, ocorrida no Havaí, em 2017, pesquisadores encontraram evidências claras de que incorporar esse *link* informativo efetivamente promove maior conhecimento aos usuários acerca da segurança de sua senha. Dessa forma, uma simples adoção de um *link* informativo a um medidor de força de senha, com *feedback* colorido, foi capaz de promover maior segurança cibernética aos usuários no contexto do estudo. Assim, os usuários escolheram senhas mais fortes e alteraram as senhas mais vezes⁵⁶.

⁵³ KHERN-AM-NUAI, W.; YANG, W.; LI, N. *Using Context-Based Password Strength Meter to Nudge Users' Password Generating Behavior: A Randomized Experiment*. HICCS, [s.l.], 2017. p. 587. Disponível em: <https://aisel.aisnet.org/hicss-50/cl/hci/8/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 588.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 590.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 594.

Não se pretende esquecer, neste artigo, o questionamento ético existente acerca da liberdade de escolha, uma vez que a arquitetura de escolhas é papel central de um debate acerca da redução de escolhas e da liberdade do cidadão, o que limitaria as suas escolhas, o que, por óbvio, deve ser considerado em cada caso específico⁵⁷.

O próprio Richard Thaler denominou de *sludge* o uso de *nudges* que são utilizados para o mal⁵⁸. Além dessa definição, o conceito de *dark nudge* surge para classificar situações nas quais os agentes privados se utilizam dos *nudges* para fazer com que consumidores e usuários adotem práticas nocivas, que podem levá-los a um menor bem-estar, como no caso do mercado de apostas, cujas empresas, na busca de lucro, podem incentivar as pessoas a apostarem e perderem mais recursos financeiros⁵⁹.

Ainda, ao mencionar as objeções aos *nudges*, Thaler e Sunstein afirmam que um dos possíveis argumentos contra os *nudges* seria o fato de que a sua permissão e o seu uso pela máquina do governo poderia levar, em vez de educação, à manipulação, à coação e, inclusive, às proibições⁶⁰.

Os autores contra-argumentam afirmando que, antes de se considerar se os *nudges* são um campo perigoso, deve-se analisar se as propostas possuem valor em si mesmas. Isto é, se direcionam às pessoas a um melhor caminho – como comer melhor, investir melhor seu dinheiro –, poderia, sim, valer a pena, e que os *nudges*, em sua proposta, são desenhados para permitir a liberdade de escolha, o que se opõe à intromissão governamental, como os críticos poderiam afirmar⁶¹.

⁵⁷ RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, ed. 2, p. 456-471, 2018, p. 467. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em: 25 fev. 2022.

⁵⁸ SANCHEZ, H. C. *Nudging for good: como os nudges influenciam a tomada de decisão dos indivíduos*, 2023. p. 13. *Apud* THALER, R. H. *Nudge, not sludge*. *Science*, v. 361, n. 6401, p. 431-431, 2018.

⁵⁹ SANCHEZ, H. C. *Nudging for good: como os nudges influenciam a tomada de decisão dos indivíduos*, 2023. p. 13.

⁶⁰ THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 242.

⁶¹ *Ibid.*, p. 243.

Thaler e Sunstein reconhecem a possibilidade de existirem *nudges* ruins e mal intencionados, especialmente quando existem interesses econômicos por detrás de sua arquitetura, gerando possíveis conflitos de interesse⁶². Sugerem, em contraposição, que o aumento da transparência é uma possível solução a esse problema, tanto no setor público quanto no privado, assim como existe o princípio da transparência e as suas ferramentas para a fiscalização e o monitoramento do governo por parte dos cidadãos⁶³.

Nesse sentido, citam o filósofo John Rawls, que denominou como princípio da publicidade a proibição do governo de adotar políticas que não possam ser defendidas em público perante os seus cidadãos. Assim, a adoção desse princípio seria fundamental e uma forma de contrabalancear o uso e implementação de *nudges* mal intencionados ou ruins por parte tanto do governo como do setor privado⁶⁴.

Os autores afirmam, de qualquer forma, que os *nudges* devem ser avaliados de acordo com a necessidade de se verificar se, ao final, fazem bem ou mal às pessoas⁶⁵. Contudo, deve-se permitir que as pessoas escolham o melhor caminho ao menor custo possível⁶⁶.

No que se refere aos *nudges* em ambientes digitais, Cunha *et al*, em pesquisa de mapeamento da literatura, identificaram que, com relação à segurança, o estudo dos *nudges* para a definição de senhas mais fortes foram aqueles mais numerosos, existindo, ainda, estudos sobre redes sem fio seguras, estratégias para evitar o esquecimento de senhas e a concordância com políticas de segurança⁶⁷. Os autores destacam, ainda, a presença de estudos sobre as questões éticas na aplicação dos *nudges*, sendo este um tema também relevante no debate acadêmico⁶⁸.

⁶² *Ibid.*, p. 245.

⁶³ *Ibid.*, p. 246-247.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 251-252.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 254.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 256.

⁶⁷ CUNHA, J. A. *et al*. Como influenciar decisões em ambientes digitais através de nudges? Um mapeamento sistemático da literatura. *Anais do V Workshop sobre Aspectos Sociais, Humanos e Econômicos de Software*, SBC. p. 41-50, 2020.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 41-50.

Em um desses estudos, que serve de importante exemplificador, feito para testar um tipo de *nudge* para a criação de senhas mais fortes⁶⁹, os pesquisadores Renaud e Zimmermann identificaram com sucesso a possibilidade de induzir indivíduos por meio de *nudges* a criar senhas mais seguras, mas, por outro lado, esse incentivo levou ao aumento de pessoas que esqueceram as suas senhas, o que levantou questionamentos dos autores, que se depararam com a surpresa acerca da inexistência de *guidelines* éticos para os *nudges* na realização de seu estudo⁷⁰.

Assim, Renaud e Zimmermann entendem que é necessário, ao avaliar a aplicabilidade de um *nudge*, a sua verificação ética, isto é, se pode ser classificado como um *nudge* ético e, para isso, com base na literatura sobre o tema, estabeleceram alguns requisitos para essa avaliação: a) as opções de escolha originais devem ser mantidas, e nenhuma deve ser removida; b) as escolhas oferecidas para os *nudges* devem ser mais ou menos equivalentes em termos de custo de esforço, tempo, entre outros; c) o *nudge* deve ser para “o bem”; d) o mecanismo de *nudge* deve ser transparente, exceto se aquele que instituiu o *nudge* puder trazer um argumento forte em sentido contrário; e e) o criador do *nudge* deve poder explicar qual comportamento em particular busca alterar ou mitigar, isto é, deve ser capaz de justificar a arquitetura de escolhas, e prever seus efeitos⁷¹.

É importante, de qualquer ângulo, que os criadores do *nudge* respeitem a autonomia de decisão do indivíduo. Isso significa dizer que as pessoas devem ser livres para decidir de acordo com os seus próprios valores. Os autores ressaltam, contudo, que esse é um tema complexo e de discussão por pesquisadores, uma vez que os humanos atuam, por muitas vezes, de forma emocional. Assim, destacam que, de fato, existe uma complexa discussão de se os *nudges* violam a autonomia individual, ou não⁷².

Ao comentar sobre o uso de *nudges* na tomada de decisões e a sua relação com a proteção de dados, Verbicaro e Calandrini, por sua vez, afirmam que a ferramenta do consentimento, prevista na normativa de proteção de dados,

⁶⁹ RENAUD, K.; ZIMMERMANN, V. Guidelines for ethical nudging in password authentication. *SAIEE Africa Research Journal*, v. 109, n. 2, p. 102-118, 2018, tradução própria, p. 1.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁷¹ *Ibid.*, p. 7-8.

⁷² *Ibid.*, p. 11.

torna-se insatisfatória em razão da racionalidade limitada e da heurística na tomada de decisão, de forma que os *nudges*, no espaço digital, poderiam ser meios para uma maior autodeterminação para os usuários e a tomada de decisão racional, inclusive em respeito à Lei Geral de Proteção de Dados⁷³.

Os autores, contudo, tampouco ignoram a existência de preocupações éticas na implementação dos *nudges*, de forma que, diante disso, é necessário pensar em requisitos que devem ser cumpridos para sua utilização, de forma a não impor escolhas aos indivíduos, mas sim guiá-los. Afirmam, ainda, que, considerando a existência de possíveis *nudges* obscuros, a partir de *players* que utilizam metodologias danosas aos consumidores – *dark patterns*⁷⁴ –, dificultando a proteção de dados no ambiente *on-line* e sem qualquer boa-fé no tratamento de dados pessoais⁷⁵, é necessário, sim, que o Estado seja o responsável por mediar as relações *on-line*, garantindo o bem-estar e protegendo o direito fundamental à privacidade⁷⁶.

Os autores defendem que o Estado pode, portanto, exercer esse papel a partir da implementação de *nudges* no espaço digital, inclusive regulando algumas arquiteturas de escolhas que permitam a melhor tomada de decisões com relação aos seus dados pessoais pelos cidadãos, a partir da imposição de padrões, interfaces mais claras, objetivas e informativas nos *sites*. Essa seria a função de mediação do Estado, segundo os autores⁷⁷.

Em outros ambientes de aplicabilidade dos *nudges*, a discussão não é diferente. De acordo com Sofia Ranchordás, em estudo que analisa os *nudges* em cidades inteligentes (*smart cities*), os *nudges*, em geral, tendem a ser bem-intencionados, mas, quando são baseados em dados, tendem a levantar discussões acerca de sua legalidade e ética⁷⁸.

⁷³ VERBICARO, D.; CALANDRINI, J. *Nudges* na proteção de dados pessoais no ciberespaço: um empurrão para incentivar decisões racionais dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 142, p. 185-214, 2022, p. 8.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ RANCHORDÁS, S. Nudging citizens through technology in smart cities. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 34, n. 3, p. 254-276, 2020, tradução própria, p. 1.

De acordo com Ranchordás, isso ocorre pois os sistemas automatizados baseados em dados que existem nesses ambientes permitem aos gestores de políticas públicas terem uma visão completa da vida dos cidadãos, uma vez que esses sistemas permitem chegar a conclusões com fulcro em diversas bases de dados. Nesse sentido, questiona se os cidadãos sentem que a sua privacidade estaria sendo respeitada quando os seus dados são coletados para desenvolver *nudges* que serão usados para mudar o seu comportamento⁷⁹.

Ranchordás ainda afirma que os *nudges* são uma forma de poder assimétrico que é típico do Estado, mas contrário às intervenções regulatórias, uma vez que nem sempre os *nudges* são contrabalanceados pelos freios e contrapesos do ambiente democrático⁸⁰. Assim, defende que os indivíduos devem ter a sua autonomia da vontade preservada, a fim de evitar que, com a ampla presença da tecnologia, os indivíduos sejam deixados sem poder de decisão⁸¹. Esse é mais um exemplo de ambiente – cidades inteligentes – nos quais os *nudges* baseados em dados podem levantar discussões acerca de sua legalidade e ética, uma vez que esses *nudges* poderiam, se operados de uma forma não transparente, violar as leis de proteção de dados, inclusive o princípio da transparência, uma vez que os cidadãos deveriam ser informados acerca do uso dos seus dados. É importante ressaltar, contudo, que o ambiente analisado pela Professora Ranchordás se relaciona a *nudges* que decorrem de uma análise de dados dos cidadãos, o que não é caso de todo tipo de desenho de *nudge*. Contudo, a exemplificação é cabível para demonstrar a existência de tais discussões doutrinárias, relacionada a qual é o limite dos *nudges*⁸².

Com base nisso, é possível verificar que existem discussões que se relacionam diretamente com ética dos *nudges*, especialmente no que se refere à autonomia do indivíduo. Entende-se, contudo, que os *nudges*, se seguirem preceitos éticos, conforme o exposto na doutrina analisada, são uma ferramenta adequada para incentivar adequadamente os indivíduos na tomada de decisão acerca da proteção de dados pessoais, objetivando a sua maior segurança no ambiente digital, e que o Poder Público pode – e deve – ser um incentivador nessa direção.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁰ *Ibid.*, tradução própria, p. 15.

⁸¹ *Ibid.*, tradução própria, p. 16.

⁸² *Ibid.*, tradução própria, p. 14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou compreender se é possível ao Poder Público valer-se da ferramenta do *nudge*, com base na arquitetura de escolhas, com a finalidade de promover a adoção de medidas de proteção de dados por parte dos cidadãos.

Primeiramente, buscou-se trazer os fundamentos da proteção de dados no Brasil, que possui base constitucional (inciso LXXIX no art. 5º da Constituição da República) e legal (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD), com destaque às definições com relação ao papel do Poder Público, a sua responsabilidade e as principais hipóteses de tratamento de dados.

Em seguida, passou-se à explicação sobre a economia comportamental, área que busca estudar o comportamento humano, interligando economia e psicologia. Verifica-se, com base na economia comportamental, que o processo cognitivo não é tão racional, e está sujeito a heurísticas e vieses que influenciam a tomada de decisão por parte dos indivíduos. Com base nos estudos dessa área, evoluiu-se à teoria paternalista-libertária da arquitetura de escolhas, proposta por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, e que aponta a adoção do *nudge* como ferramenta de incentivo à escolha dos indivíduos nas mais diversas áreas, desde finanças à saúde, alimentação, etc.

Tendo em vista, então, a adoção do *nudge* em políticas públicas, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e no Reino Unido, entende-se que a sua aplicabilidade pode ter caráter benéfico quando utilizada de forma adequada pelo Estado. Ressaltou-se, inclusive, que o *nudge* já é aplicado de forma sutil pelo setor privado a partir do próprio tratamento de dados, dos desenhos de plataformas e aplicativos, e do fornecimento de outros incentivos, como cupons de desconto, por exemplo.

Destacou-se também que o processo de instrumentalização digital é um caminho sem volta, e inclusive adotado pelo Poder Público, com especial relevância ao exemplo da Lei de Governo Digital, do ano de 2021.

Foram ressaltadas possíveis situações nas quais o Poder Público poderia valer-se do *nudge* nas suas relações com os indivíduos, como no caso de adoção de incentivos durante a escolha de senha de autenticação.

Este estudo destaca a existência das discussões acerca da ética dos *nudges* ao incentivar comportamento de indivíduos, o que também se dá quando se

trata de ambientes digitais. Avalia-se, contudo, de que, com cuidados éticos na formulação dos *nudges* – por parte não apenas do Poder Público –, a sua utilização poderá ser direcionada para o bem dos cidadãos, inclusive em matéria de proteção de dados pessoais.

Dessa forma, o presente trabalho conclui que é possível que o Poder Público utilize os *nudges* digitais como ferramenta de incentivo à proteção dos indivíduos, por tratar-se de ferramenta já utilizada em políticas públicas e capaz de elevar a chance de escolhas adequadas por parte dos usuários que se relacionam por meio eletrônico com o Estado.

REFERÊNCIAS

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) (org.). *Guia Orientativo: tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. [s.l.]: ANPD, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

BAREV, T. J.; JANSON, A. *Towards an Integrative Understanding of Privacy Nudging – Systematic Review and Research Agenda*. 18th Annual Pre-ICIS Workshop on HCI Research in MIS (ICIS), [s.l.], 2019. Disponível em: <https://www.alexandria.unisg.ch/258828/>. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília/DF: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). [2022?a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Presidência da República, [2022?b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. [2022?c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm. Acesso em: 25 fev. 2022.

CUNHA, J. A. *et al.* Como influenciar decisões em ambientes digitais através de nudges? Um mapeamento sistemático da literatura. *Anais do V Workshop sobre Aspectos Sociais, Humanos e Econômicos de Software*, SBC, p. 41-50, 2020.

KAHNEMAN, D. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. E-book Kindle.

KHERN-AM-NUAI, W.; YANG, W.; LI, N. *Using Context-Based Password Strength Meter to Nudge Users' Password Generating Behavior: A Randomized Experiment*. HICCS, [s.l.], 2017. Disponível em: <https://aisel.aisnet.org/hiccs-50/cl/hci/8/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

RANCHORDÁS, S. Nudging citizens through technology in smart cities. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 34, n. 3, p. 254-276, 2020.

RENAUD, K.; ZIMMERMANN, V. Guidelines for ethical nudging in password authentication. *SAIEE Africa Research Journal*, v. 109, n. 2, p. 102-118, 2018.

RIBEIRO, M. C. P.; DOMINGUES, V. H. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, ed. 2, p. 456-471, 2018. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em: 25 fev. 2022.

SANCHEZ, H. C. *Nudging for good: como os nudges influenciam a tomada de decisão dos indivíduos*, 2023.

SOMBRA, T. L. S. *Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

THALER, R. H. *Misbehavioring: a construção da economia comportamental*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

VERBICARO, D.; CALANDRINI, J. *Nudges na proteção de dados pessoais no ciberespaço: um empurrão para incentivar decisões racionais dos consumidores*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 142, p. 185-214, 2022.

Submissão em: 16.01.2023

Avaliado em: 24.01.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 22.05.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 18.07.2024

