

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira

**NEURODIREITO E TOMADA DE DECISÕES NO DIREITO PRIVADO: negócios
jurídicos baseados em evidências**

Belo Horizonte

2020

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira

NEURODIREITO E TOMADA DE DECISÕES NO DIREITO PRIVADO: negócios jurídicos baseados em evidências

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Brunello Stancioli

Belo Horizonte
2020

O48n Oliveira, Ludmila Junqueira Duarte
Neurodireito e tomada de decisões no direito privado: negócios jurídicos baseados em evidências / Ludmila Junqueira Duarte Oliveira. — 2020.

Orientador: Brunello Stancioli.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito privado – Teses 2. Processo decisório 3. Atos jurídicos
4. Defesa do consumidor – Teses I. Título

CDU(1976) 347.451.031



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. LUDMILA JUNQUEIRA DUARTE OLIVEIRA

Aos dezanove dias do mês de fevereiro de 2020, às 13h00m, na Sala 605 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli (orientador da candidata/UFMG); Profa. Dra. Nara Pereira Carvalho (UFJF) e Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado da Bel^a. LUDMILA JUNQUEIRA DUARTE OLIVEIRA, matrícula nº 2018657059, intitulada: "NEURODIREITO E TOMADA DE DECISÕES NO DIREITO PRIVADO: NEGÓCIOS JURÍDICOS BASEADOS EM EVIDÊNCIAS". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra à Prof^a. Dr^a Nara Pereira Carvalho, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pela Prof^a. Dr^a Nara Pereira Carvalho, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Leonardo Martins Wykrota e Brunello Souza Stancioli. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli (orientador da candidata/UFMG)

Conceito:..... *APROVADA*

Profa. Dra. Nara Pereira Carvalho (UFJF)

Conceito:..... *APROVADO*

Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (UFMG)

Conceito:..... *APROVADO*

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br




FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou a candidata.....APROVADA..... com nota 10,00. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Brunello Souza Stancioli, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público Federal lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli (orientador da candidata/UFMG)


Profa. Dra. Nara Pereira Carvalho (UFJF)


Prof. Dr. Leonardo Martins Wykrota (UFMG)


- CIENTE: Ludmila Junqueira Duarte Oliveira (Mestranda)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info_pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

Resumo

A presente dissertação tem por objeto analisar como as evidências produzidas pelas Ciências Cognitivas acerca dos processos decisórios humanos influenciaram a regulamentação de negócios jurídicos pelo Direito Privado no Brasil. Pretende-se ainda propor mecanismos que viabilizariam aprimorar a resposta jurídica a estes achados sobre tomada de decisão e contribuir para melhorar a celebração de negócios jurídicos.

Adota-se como referencial teórico a tomada de decisão, compreendida como o processo cognitivo de seleção de uma opção entre várias alternativas. Busca-se demonstrar que algumas ciências sociais, como a Economia e o Direito, são baseadas em modelos normativos de tomada de decisão, calcados em conceitos abstratos de racionalidade. Propõe-se, ao invés, a adoção de modelos descritivos, que retratam como as deliberações surgem em contextos reais, orientadas pelas tendências de pensar (e decidir) automaticamente, socialmente e com modelos mentais. Serão apresentados exemplos de como estas novas evidências vêm sendo utilizadas para aprimorar estudos e resultados em algumas áreas, como na economia, no desenvolvimento de políticas públicas e na saúde. Na seara jurídica, propõe-se reunir na disciplina transversal do Neurodireito estudos das Ciências Cognitivas para subsidiar a revisão dos fundamentos e da dinâmica de institutos jurídicos.

Especificamente na seara do Direito Privado, faz-se um exame comparativo entre a regulamentação dos negócios jurídicos no Código Civil, centrada nos requisitos de validade e defeitos dos negócios jurídicos, e no Código de Defesa do Consumidor. Pretende-se demonstrar que o Código consumerista já oferece mecanismos mais adequados para responder às descobertas, pois se afasta da visão idealizada do indivíduo como ser autossuficiente e plenamente racional ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor.

Dentre as ferramentas adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor, serão destacadas as intervenções sugeridas por Richard Thaler e Cass Sunstein, apelidadas *nudges* (cutucões). Trata-se de mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais com grande potencial para permitir ao Direito Privado utilizar de forma adequada as novas descobertas sobre tomada de decisão. Serão apresentadas as principais características da técnica, enfrentadas algumas objeções éticas ao seu uso, bem como sugeridos exemplos de possíveis *nudges* na área do Direito Privado, cuja adoção pode ser estudada pelo Neurodireito.

Na conclusão, será repisada a conveniência de que a regulamentação dos negócios jurídicos seja informada pelas evidências científicas sobre processos decisórios.

A metodologia do trabalho segue a interdisciplinaridade do tema, que busca integrar conhecimentos jurídicos com aqueles advindos das Ciências Cognitivas sobre a tomada de decisão. É uma pesquisa teórica e desenvolvida com base na revisão da literatura já existente sobre o tema no Brasil e em textos de língua inglesa.

Palavras-chave: Direito Privado. Negócios jurídicos. Tomada de decisão. Arquitetura da decisão. Estímulos comportamentais (*nudges*). Neurodireito.

Abstract

In this dissertation the author aims to analyze how the evidence produced by the Cognitive Sciences about human decision making influenced the regulation of contracts by Private Law in Brazil. It is also intended to propose mechanisms that would make it possible to improve the legal response to these findings on decision making and contribute to improve the celebration of contracts.

Decision-making is adopted as a theoretical framework, understood as the cognitive process of selecting an option among several alternatives. The author seeks to demonstrate that some social sciences, such as Economics and Law, are based on normative models of decision making, based on abstract concepts of rationality. It is proposed, instead, the adoption of descriptive models of decision making, which portray how deliberations arise in real contexts, guided by the tendencies to think (and decide) automatically, socially and with mental models.

This new evidence on decision making is already being used in some fields to improve studies and results, such as in economics and in the development of public and health policies. In the legal field, it has already been proposed to unite in the cross-disciplinary field called *Neurolaw* the studies of Cognitive Sciences to support the review of the foundations and dynamics of legal institutes.

In order to investigate whether the codifications offer satisfactory answers to the challenge of incorporating new evidence on decision making, this dissertation carries a comparative examination of the regulation of contracts in the Civil Code, centered on the requirements of validity and defects of contracts, and in the Consumer Protection Code. The author seeks to demonstrate that the Consumer Protection Code already offers more adequate mechanisms to respond to the discoveries, as it departs from the idealized view of the individual as being self-sufficient and fully rational in recognizing the vulnerability of the consumer.

Among the new tools adopted by the Consumer Protection Code, the interventions suggested by Richard Thaler and Cass Sunstein, nicknamed *nudges*, will be highlighted. These are choice architecture mechanisms and behavioral stimuli with great potential to allow Private Law to make good use of new discoveries about decision making. The author will present the main characteristics of the technique, face some ethical objections to its use, and also present possible nudges in the area of Private Law, which could be object of study in *Neurolaw*.

In conclusion, it will be stressed the convenience that the regulation of contracts is informed by scientific evidence on decision-making processes.

The methodology follows the interdisciplinary feature of the theme, which seeks to integrate legal knowledge with those from the Cognitive Sciences about decision making. It is a theoretical research, developed based on the review of the existing literature on the subject in Brazil and on English-language texts.

Keywords: Private Law. Contracts. Decision-making. Choice architecture. Nudges. *Neurolaw*.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. DA AUTONOMIA PRIVADA À TOMADA DE DECISÃO | 12 |
| 3. COMO AS PESSOAS DECIDEM (OU COMO É FORMADA A VONTADE) | |
| 3.1. Modelos normativos e modelos descritivos da tomada de decisões..... | 17 |
| 3.2. Tendências do processo decisório | |
| 3.2.1. Pensar e decidir automaticamente..... | 18 |
| 3.2.2. Pensar e decidir socialmente..... | 20 |
| 3.2.3. Pensar e decidir conforme modelos mentais..... | 20 |
| 3.3. Modelo neurofilosófico de Gabriel Mograbi..... | 21 |
| 3.4. Impactos das novas descobertas sobre tomada de decisão em diferentes contextos..... | 23 |
| 3.5. Impactos das novas descobertas sobre tomada de decisão no contexto jurídico..... | 26 |
| 4. TOMADA DE DECISÕES (OU VONTADE) E DIREITO PRIVADO NO BRASIL | 32 |
| 4.1. Tomada de decisão (ou vontade) nos negócios jurídicos no Código Civil..... | 32 |
| 4.1.1. Requisitos de validade dos negócios jurídicos | |
| 4.1.1.1. Agente capaz | |
| 4.1.1.1.1. Regime de capacidades na redação original do Código Civil de 2002..... | 34 |
| 4.1.1.1.2. Regime de capacidades na redação atual do Código Civil de 2002..... | 37 |
| 4.1.1.2. Forma e objeto..... | 47 |
| 4.1.2. Defeitos dos negócios jurídicos..... | 54 |
| 4.2. Tomada de decisão (ou vontade) no Código de Defesa do Consumidor: deveres de informação e estímulos comportamentais (<i>nudges</i>)..... | 62 |
| 4.3. Neurodireito e celebração de negócios jurídicos baseada em evidências..... | 68 |
| 5. CONCLUSÃO | 81 |
| 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 86 |

1 INTRODUÇÃO

O Direito não cria os fatos sobre os quais incide, mas os apropria axiologicamente, atribuindo-lhes relevância jurídica e consequências típicas, conforme razões de conveniência ou oportunidade¹. Uma das principais ocorrências de que se ocupa o Direito é a manifestação da vontade humana que, no Direito Privado, assume sua principal roupagem na forma dos negócios jurídicos.

A declaração de vontade nada mais é que a exteriorização de uma decisão, ou seja, a escolha de um dentre vários comportamentos humanos, processo cognitivo denominado *tomada de decisão*.

Por muito tempo, várias áreas do saber apostaram na racionalidade humana, conforme teorizada na modernidade e no Iluminismo, como o principal instrumento usado na tomada de decisões, pelo menos nas mais importantes. Contudo, evidências recentes produzidas pelas Ciências Cognitivas apontam para a preponderância de outros mecanismos dissociados de um conceito abstrato de razão, formados por hábitos, heurísticas, processos associativos e substitutivos, frutos da evolução do cérebro humano².

No presente trabalho, propõe-se partir deste conjunto de evidências sobre tomada de decisões para analisar se impactaram de alguma forma a regulamentação dos negócios jurídicos no campo do Direito Privado no Brasil. Pretende-se ainda propor mecanismos que viabilizariam aprimorar a resposta jurídica a estes achados sobre processos decisórios, contribuindo para melhorar a deliberação com repercussões jurídicas.

O tema será desenvolvido em *três partes*. Inicialmente, será feita breve incursão sobre a concepção de autonomia no Direito Privado, que fundamenta a proteção da declaração de vontade como desdobramento da pessoa no mundo da vida. Alçada a direito fundamental e fortemente imbricada com o conceito de pessoa humana, a autonomia privada hoje serve de

¹VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In DIAS, Adahyl Lourenço et al. (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255.

²Segundo Oliveira e Cardoso, Ciências Cognitivas formam o “*ramo do conhecimento resultante das contribuições de vários outros, como a Psicologia, Neurociência, Linguística, Filosofia, Antropologia, Biologia Evolucionista, Educação, Ciências da Computação, Inteligência Artificial e Etologia, cada uma delas com seu foco e sua metodologia, em constante aprimoramento dentro de cada campo disciplinar específico, e nem sempre em concordância um com o outro*” (OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 135, nota 80; p. 140. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019).

base à única ética compatível com a contemporaneidade. Com o progressivo distanciamento das doutrinas de origem metafísica e religiosa, cada vez mais é valorizada a capacidade das pessoas de legislarem sobre si mesmas, numa perspectiva em que o exercício de escolhas implica responsabilidades³.

Mas sem olvidar a centralidade da autonomia para a pessoa, a pesquisa desenvolvida parte de outro referencial, que coloca em xeque a capacidade de o agente decidir de forma deliberada e racional, e indaga quais são os processos decisórios efetivamente adotados pelos indivíduos e como afetam a celebração de negócios jurídicos.

Na segunda parte, será apresentada a distinção entre *modelos normativos* de tomada de decisão, calcados em conceitos abstratos de racionalidade, e *modelos descritivos*, que buscam aferir como as decisões surgem em contextos reais. Seguindo a divisão didática proposta no relatório do Banco Mundial (2015) “Mind, Society, and Behaviour”, serão apresentadas três tendências que orientam, na prática, a tomada de decisões e que lançam novas luzes sobre o modelo de racionalidade adotado como padrão em algumas ciências sociais: pensar (e decidir) automaticamente, socialmente e com modelos mentais⁴.

Em seguida, serão destacados alguns desdobramentos que as novas evidências sobre tomada de decisão promoveram em alguns campos, como na economia, no desenvolvimento de políticas públicas, na saúde e mesmo no direito. Na seara jurídica, alguns autores vêm denominando *Neurodireito* a disciplina transversal que terá o objetivo de reunir estudos das Ciências Cognitivas para subsidiar a revisão dos fundamentos e da dinâmica dos institutos jurídicos. O escopo seria aprimorar as técnicas jurídicas com o que se sabe sobre o comportamento humano e oferecer respostas mais efetivas, desenhadas a partir das evidências coligidas e não com base em modelos ideais⁵.

Na terceira parte, será enfocada a esfera do Direito Privado, que normatiza as

³STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 109.

⁴WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁵MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 48-63, 2018. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 116-142, 2018. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019

principais relações humanas, através de institutos como direitos da personalidade e capacidade, direitos reais, vínculos de parentesco, pessoas jurídicas, atividades econômicas, dentre outras, atribuindo consequências jurídicas a várias decisões tomadas pelas pessoas.

Dentre as decisões regulamentadas pelo Direito Privado, têm-se os chamados negócios jurídicos, em que a manifestação de vontade consciente figura como elemento central. Propõe-se o exame comparativo da regulamentação dos negócios jurídicos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor para perquirir se alguma das codificações oferece respostas satisfatórias ao desafio de incorporar ao Direito Privado as novas evidências sobre tomada de decisão.

Pretende-se demonstrar que o Código de Defesa do Consumidor já oferece mecanismos mais adequados para responder a estas descobertas (apesar de não haver nenhum indicativo de que sua elaboração tenha sido informada pelos novos achados sobre processos decisórios). Ao se afastar da visão idealizada do indivíduo como ser autossuficiente e plenamente racional, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, a norma consumerista agrega novas técnicas legislativas destinadas a melhorar o processo decisório e não apenas impedir que a decisão tomada em contrariedade às normas produza efeitos, como ocorre na sanção de invalidade.

Dentre as novas ferramentas adotadas pelo Código consumerista, serão destacadas as intervenções sugeridas pelo economista ganhador do prêmio Nobel Richard Thaler e pelo jurista Cass Sunstein, apelidadas *nudges* (cutucões). Trata-se de mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais com grande potencial para permitir ao Direito Privado responder de forma adequada às novas descobertas sobre tomada de decisão. Serão apresentadas as principais características da técnica, enfrentadas algumas objeções éticas ao seu uso, bem como sugeridos exemplos de possíveis *nudges* na área do Direito Privado, que podem ser objeto de estudo pelo Neurodireito.

Por fim, será repisada a conveniência de que a regulamentação dos negócios jurídicos seja informada pelas evidências científicas sobre processos decisórios. Como o direito não cria os fenômenos sobre os quais atua, quanto melhor conhecê-los, mais aprimorada será a resposta jurídica.

2 DA AUTONOMIA PRIVADA À TOMADA DE DECISÃO

Autonomia não é termo unívoco, que traduz em uma só palavra um significado consensual. Como explica Gerald Dworkin, adotando distinções introduzidas por Herbert Hart e desenvolvidas por John Rawls, parece existir *um conceito*, que se desdobra em *várias concepções* de autonomia. O conceito é uma noção abstrata que traduz, em termos gerais, o papel que o termo desempenha. Destarte, várias correntes filosóficas compartilham o conceito de autonomia como a ideia de *autodeterminação da pessoa*. Mas o preenchimento deste conceito abstrato com conteúdos mais específicos, por exemplo, sobre quais princípios justificam interferir com a autonomia, qual a natureza do *eu* que faz as escolhas, quais as conexões entre autonomia e interdependência, resulta na formulação de diferentes concepções conflitantes⁶.

Dworkin identifica que a autonomia tem funcionado, ao mesmo tempo, como um ideal moral, político e social. Como ideal político, a autonomia é usada para se opor a instituições que buscam impor um conjunto de objetivos, valores e atitudes aos cidadãos de determinada sociedade. Aqueles que defendem a autonomia advogam que o processo de justificação das instituições políticas deve ser passível de aceitação por todos os membros da sociedade, que são dignos de igual respeito⁷.

Já como noção moral, autonomia traduz-se como a necessidade de que os indivíduos escolham ou voluntariamente aceitem seu próprio código ético. Em paralelo, a autonomia como ideal social preocupa-se em como a sociedade e suas instituições (meios de comunicação em massa, opinião pública, classes sociais, instituições econômicas) influenciam os indivíduos no desenvolvimento da sua própria concepção de vida boa⁸.

No direito, a concepção de autonomia aparece com as vestes de *autonomia privada*, que tem suas raízes na obra de Immanuel Kant⁹:

A idéia clássica de autonomia privada deriva da noção kantiana de autonomia moral, no cerne da qual se encontra a afirmativa de que a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se de concepções

⁶DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 9-10.

⁷DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 10.

⁸DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 11.

⁹SCHNEEWIND, Jerome. B. **The invention of autonomy: a history of modern moral philosophy**. New York: Cambridge University Press, 1998, pos. 409.

deterministas de caráter natural ou teológico¹⁰.

Kant expandiu para o campo da moral a concepção de autonomia política de Jean Jacques Rousseau, que estava circunscrita à condição dos indivíduos como membros da sociedade, que autolegislarium orientados para o bem comum¹¹. Transposta para a moralidade, a autonomia do ser humano decorre de sua liberdade, compreendida como autodeterminação pura de uma vontade moral despida de todo o condicionamento empírico¹².

Em Kant, a concepção de autonomia estava intrinsecamente ligada a um ideal de racionalidade iluminista, que esperava que a *razão* produzisse uma *vontade boa em si mesma*, ou seja, um querer que é apreciado não em decorrência dos fins que almeja, mas da máxima que o determina¹³. E daí derivam as várias formulações do imperativo categórico, que universalizam a máxima da ação guiada pela razão (“*devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*”¹⁴); “*age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”¹⁵; “*age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza*”¹⁶).

Apesar do consenso sobre sua origem, Silva defende que “*o conceito de autonomia comumente utilizado pelos juristas [é] uma versão falseada da autonomia conforme desenvolvida por Kant*”¹⁷. Segundo o autor, na transposição para o direito, foi mantida a identidade entre liberdade e autonomia, mas o conceito de liberdade adquiriu vestes liberais, assumindo uma função negativa, de não intervenção e ausência de obstáculos externos para atuar, sem nenhuma menção à “*ideia de universalização das normas de ação através da*

¹⁰SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135. No mesmo sentido: STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27.

¹¹STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

¹²LAMEGO, José. A Metafísica dos Costumes: a apresentação sistemática da filosofia prática de Kant. In KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. XXI-XXVII.

¹³KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 24-25 (BA 5). Segundo Kant, “*máxima é o princípio subjectivo do querer*” (Nota de Kant, p. 31, BA 14).

¹⁴KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 33 (BA 16).

¹⁵KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 59 (BA 52).

¹⁶KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017, p. 59 (BA 52).

¹⁷SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

abstração das necessidades sensíveis”. Silva conclui:

Este conceito de liberdade política liberal é o que efetivamente influenciou a ideia de autonomia da vontade na esfera do direito privado, através da qual livre é o indivíduo quando não impedido por outros ou pelo Estado de auto-regrar seus interesses. Soma-se a este conceito negativo de liberdade, o fato de ser o homem liberal um *homo economicus*, egoísta e maximizador do próprio interesse¹⁸.

Há algum tempo esta concepção clássica de autonomia privada vem sendo reformulada para incorporar elementos essenciais da vivência humana, como a interdependência e os contextos sociais, atribuindo-lhe caráter dialógico¹⁹. Não obstante, a autonomia permanece como valor constitutivo central da pessoa como ser autorrealizável:

Todo e qualquer diploma normativo que vise à disciplina da pessoa humana deverá ter como norte a defesa e a promoção da sua autonomia no maior patamar possível, uma vez que esta pode ser entendida como a necessidade humana básica, ou como um dos eixos fundantes da pessoa humana. Falar-se de pessoa humana, é, também, falar-se de autonomia²⁰.

Em paralelo a este processo de atualização da concepção de autonomia privada, vários campos do saber (neurociência, psicologia, economia comportamental) vêm desenvolvendo estudos que colocam em xeque a capacidade de o ser humano agir conforme um padrão de *racionalidade*. Tais descobertas sugerem que, por muito tempo, várias áreas, inclusive o direito, apostaram na racionalidade humana como principal instrumento usado na tomada de decisões, pelo menos das mais importantes. Na economia ganhou as vestes de *homo economicus*, enquanto no direito toma a forma do “homem médio”. Na economia, a exigência de racionalidade do *homo economicus* é ainda mais aguda, parece se tratar de um ser com inteligência similar à de Albert Einstein, com a memória maior que a do computador *Big Blue* da IBM e com a força de vontade de Mahatma Gandhi, sempre capaz de perseguir otimamente seus objetivos. Sabe-se, contudo, que nem o “homem médio” nem o *homo economicus* podem ser encontrados desfrutando uma cerveja gelada no bar da esquina, em especial no final do mês, em um país em crise econômica...²¹

Apesar de a noção fluida de ser *racional* ter perpassado grande parte do desenvolvimento científico, algumas áreas do conhecimento sempre se voltaram para as idiosincrasias humanas. Neste contexto, a partir da década de 1970, psicólogos, neurocientistas,

¹⁸SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

¹⁹STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 27, 30-32.

²⁰LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 144.

²¹THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 09-10 (Introduction).

economistas comportamentais e outros cientistas cognitivos começaram a estudar o processo humano de decisão, jogando luz sobre como as informações usadas para tanto são aquilatadas e como juízos são formados. Desta forma, revelaram que, muitas vezes, não usamos a lógica e a razão, mas outros princípios heurísticos, processos associativos e substitutivos, que simplificam a tomada de decisão. Em geral, estes processos heurísticos são bastante úteis, pois reduzem a complexidade das tarefas envolvidas nos processos decisórios, mas de forma recorrente podem levar a erros graves e sistemáticos, que configuram desvios hoje denominados vieses cognitivos (*cognitive biases*)²².

O cérebro humano é fruto de um processo evolutivo que, segundo vários estudiosos, gerou módulos cognitivos adaptados para resolução de problemas concretamente enfrentados pelos seres humanos, dentre os quais a razão. Nesta linha, Mercier e Sperber sustentam que a razão humana não é um mecanismo para a realização de análises lógicas e tomada de decisões melhores e bem fundamentadas, mas sim um instrumento que possibilita a interação entre os seres humanos, característica fundamental da espécie e que viabilizou alcançar sua condição de predominância no mundo que habita. Segundo os autores, a razão é o que nos possibilita justificar aos outros nossos pensamentos e ações, bem como produzir argumentos para garantir a cooperação de terceiros²³.

Conquanto o tema seja instigante, não figura como um dos objetivos neste trabalho adentrar o debate sobre o mais adequado conceito e as funções que desempenha a *razão* humana. É suficiente para os fins aqui colimados frisar que já foi verificado em diversos estudos que há vários módulos cognitivos envolvidos nos processos de tomada de decisão humanos, não sendo mais possível apostar na prevalência da racionalidade abstrata de um ser autossuficiente. Assim, da mesma forma como não é mais possível sustentar como adequada a concepção kantiana de autonomia como qualidade estática e autossuficiente do indivíduo, também se mostra recomendável abandonar a ideia de um ser multisciente abstratamente racional, que age

²²KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. In **Science, New Series**, v. 185, n. 4157, 1974, p. 1124. Os termos “princípios” e “regras” são usados aqui de forma intercambiável, no sentido lato de norma como um padrão, um parâmetro, e não com os significados antagônicos que os termos adquiriram no Direito. Na obra “Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness”, os autores equiparam os princípios heurísticos a regras de experiência (*rules of thumb*) utilizadas pelos seres humanos (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 09-10, Introduction).

²³MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2017, pp. 7-12, 107-202, 203-274. Sobre a interação como característica fundamental para a predominância da espécie humana: HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. Paulo Geiger (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 150-158.

conforme padrões de conduta.

Segundo a psicologia evolutiva, muitos dos mecanismos hoje identificados como vieses cognitivos surgiram como respostas a limitações de tempo e habilidade no processamento de informações necessárias à sobrevivência e reprodução humanas. Por isso, usualmente tais mecanismos são acionados pelo cérebro humano quando há restrições temporais e de dados, bem como quando são reduzidas as motivações para produzir resultados mais acurados²⁴.

Sob esta ótica, a presença de vieses cognitivos no pensamento humano não é necessariamente uma falha, um defeito, mas a consequência acidental de um mecanismo adaptado para a resolução de um problema concreto enfrentado em algum momento pela espécie humana ao longo do processo evolutivo.

Ainda que a atuação de outros módulos cognitivos e mesmo a incidência de vieses cognitivos não possam ser consideradas anormalidades, tais características do processo decisório humano precisam ser aquilatadas pelas ciências sociais, dentre as quais o Direito.

Assim, sem olvidar a centralidade da autonomia como valor constitutivo da pessoa, o trabalho a ser aqui desenvolvido adotará referencial teórico diverso, qual seja, o da *tomada de decisão*. Propõe-se afastar a noção de pessoa como indivíduo autossuficiente e racional, sempre capaz de deliberar de forma que melhor atenda a seus interesses, para voltar o olhar para a tomada de decisão, compreendida como “*processo cognitivo que resulta na seleção de uma opção entre várias alternativas possíveis*”²⁵.

Com esta ótica, pretende-se lançar um olhar sobre o Direito Privado, mais especificamente sobre os negócios jurídicos, a partir do referencial teórico da tomada de decisão, conforme desenvolvido pelas Ciências Cognitivas.

²⁴HASELTON, M. G.; NETTLE, D.; ANDREWS, P. W. The evolution of cognitive bias. In BUSS, D. M. (ed.), **The Handbook of Evolutionary Psychology: Hoboken**. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2005, p. 728.

²⁵MATTOS, Paulo. Apresentação. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 23.

3 COMO AS PESSOAS DECIDEM (OU COMO É FORMADA A VONTADE)²⁶

3.1 Modelos normativos e modelos descritivos de tomada de decisões

Boécio elaborou célebre definição de pessoa como “*substância individual de natureza racional*”, que predominou durante toda a Idade Média e ainda hoje reverbera²⁷.

Como já dito, apesar de permear o próprio conceito de ser humano, não há definição unívoca do que seria a “natureza racional”. É fato que os seres humanos são capazes de deliberar sopesando custos e benefícios melhor do que outras espécies animais em vários aspectos, mas isto levou a uma aposta muito alta na racionalidade como base de um modelo adequado da forma como as pessoas tomam decisões em geral.

Haidt recorda que a filosofia sempre endeusou a razão como símbolo da divindade, em oposição à emoção, signo da bestialidade de que deveriam se afastar os seres humanos. Conquanto no século XVIII alguns filósofos ingleses e escoceses, em especial David Hume, tenham proposto alternativas ao racionalismo, sugerindo que a razão serviria às emoções, o predomínio da ética kantiana impediu por muito tempo o desenvolvimento de estudos nesta direção²⁸.

Apostando na prevalência da racionalidade, foram desenvolvidos *modelos normativos* da tomada de decisão, que propunham que “*os indivíduos buscavam maximizar seus benefícios e minimizar seus custos considerando todas as informações disponíveis, como valores, probabilidades e utilidades*”²⁹. Dentre tais modelos, podem ser citadas a “Teoria do valor esperado”, do matemático Blaise Pascal, e a “Teoria da utilidade esperada”, do matemático John von Neumann e do economista Oskar Morgenstern, que buscavam determinar critérios objetivos para retratar o processo decisório humano³⁰.

Entretanto, no cotidiano, dificilmente são encontradas situações em que é possível

²⁶Esta seção foi adaptada de artigo que escrevi em coautoria com o orientador Brunello Stancioli, submetido para publicação na Revista Direito GV sob o título “É preciso dar um *nudge* no ‘homem médio’”.

²⁷BOÉCIO. **Escritos (Opuscula Sacra)**. Juvenal Savian Filho (Trad., intr. e notas). São Paulo: Atlas, 2005, p. 168.

²⁸HAIDT, Jonathan. **The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment**. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, 2001, p. 815-816.

²⁹KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GUIMARÃES, Isabela Sallum; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Julgamento e tomada de decisões: conceitos gerais. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 29.

³⁰KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GUIMARÃES, Isabela Sallum; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Julgamento e tomada de decisões: conceitos gerais. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 29-33.

identificar todas as opções viáveis e atribuir utilidade a suas características para então ordená-las em termos de preferência. Ou seja, nas deliberações diárias, dificilmente os seres humanos utilizam um modelo normativo para a tomada de decisão³¹.

Ademais, estudos realizados desde o século passado em várias áreas vêm revelando que este modelo de agente racional via de regra não corresponde à forma como as pessoas deliberam. A partir destas constatações, começaram a ser desenvolvidos *modelos descritivos*, que visam compreender a forma como de fato seres humanos tomam decisões, baseados em tendências, influências e vieses diversos.

Seguindo a divisão proposta no relatório do Banco Mundial (2015) “Mind, Society, and Behaviour”, pode-se dizer que três tendências orientam, na prática, a tomada de decisões: pensar (e decidir) automaticamente, socialmente e com modelos mentais³².

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

3.2 Tendências do processo decisório

3.2.1 Pensar e decidir automaticamente

Sob a expressão genérica pensar e decidir automaticamente, agrupam-se as teorias do duplo processamento, que revelam que seres humanos são capazes de fazer escolhas basicamente de dois modos: um rápido, automático, intuitivo, e outro deliberado, devagar e reflexivo. Para denominar estes dois modos de pensamento, já foram sugeridas várias nomenclaturas, dentre elas o par *Sistema 1/Sistema 2*, adotada, dentre outros, pelo psicólogo Daniel Kahneman³³. O autor destaca que os dois sistemas estão em constante interação, o Sistema 1 funcionando automaticamente, gerando impressões, intuições, intenções e sentimentos que, em geral, são acolhidos pelo Sistema 2 e tornam-se ações voluntárias. Apenas quando se depara com alguma situação que exige o pensamento deliberado e reflexivo, por

³¹KLUWE-SCHIAVON, Bruno et al. Julgamento e tomada de decisões: conceitos gerais. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 34

³²WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

³³KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

exemplo quando o Sistema 1 não oferece nenhuma sugestão de resposta, o Sistema 2 – cujo funcionamento é desconfortável, pois exige constante atenção – é ativado³⁴.

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

A forma como os dois sistemas funcionam e interagem leva as pessoas a confiarem sobremaneira nas soluções intuitivas e automáticas do Sistema 1, o que faz com que, muitas vezes, nem percebam os vieses de suas decisões.

Um exemplo de viés cognitivo é o gerado pela utilização da heurística de ancoragem e ajustamento, em que se parte de um valor inicial que é ajustado usualmente de forma insuficiente para produzir o resultado solicitado. Para ilustrar, Thaler e Sunstein citam a estimativa da população de uma cidade, aqui transportada para o Brasil para facilitar a compreensão. Se perguntarmos a um belo-horizontino qual a população de Uberlândia, ele pode partir de um dado conhecido, como a população da capital mineira, cerca de 2,5 milhões de habitantes. Sabendo que Uberlândia é uma cidade grande, mas não do tamanho de Belo Horizonte, poderia estimar que a cidade tem um terço da população da capital, cerca de 800 mil habitantes. Mas se indagarmos a um morador de São João del-Rei, que sabe a população da sua cidade (em torno de 90 mil habitantes) e que Uberlândia é maior, talvez cerca de três vezes maior, a resposta seria por volta de 270 mil habitantes (Uberlândia possui aproximadamente 580 mil habitantes)³⁵.

A grande diferença entre as respostas reside exatamente na diversidade dos pontos de partida e insuficiência dos ajustes, que já foi verificada em várias pesquisas empíricas.

Este é apenas um exemplo de desvio sistematicamente identificado, mas existem muitos outros. Cientistas cognitivos já identificaram um grande número de vieses, dos quais

³⁴KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 31-35.

³⁵THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 11-12 (Introduction).

175 estão listados na *Wikipedia*³⁶.

3.2.2 Pensar e decidir socialmente

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

A influência da sociabilidade humana nas escolhas pode ser percebida por três perspectivas. Primeiro, a maior parte do aprendizado humano se dá através de outras pessoas³⁷. O cérebro humano está adaptado a mimetizar e, assim, aprender com outras pessoas as habilidades necessárias à sobrevivência. Segundo, indivíduos são influenciados pelo que o comportamento de outras pessoas e grupos sugerem que seria o melhor a pensar e a fazer, o que explica fenômenos como o “efeito manada”. Terceiro, seres humanos se importam com o juízo que seus pares podem fazer deles.

Vários estudos realizados a partir de experimentos propostos por Solomon Asch detetaram a tendência humana de conformar suas escolhas ao grupo social. Em seus experimentos, Asch revelou que, quando instadas a responder um teste simples, os sujeitos quase nunca erravam, mas quando as respostas eram dadas em grupos e os demais participantes propunham respostas incorretas, quase 75% das pessoas acompanhavam o grupo e cometiam os mesmos erros³⁸.

3.2.3 Pensar e decidir conforme modelos mentais

À primeira vista, a locução pode gerar certa confusão com a categoria anterior, pois os modelos mentais são apreendidos em contextos sociais, derivados da cultura internalizada, de contextos compartilhados e das ideologias adotadas. Mas o objeto de enfoque nesta categoria não é a forma como são assimilados, mas os esquemas mentais em si, as classificações, os

³⁶PRIEST, Henry. **Biases & Heuristics: The Definitive Collection Of Cognitive Biases That Impair Decisions in Baking, Finance and Everything Else.** [s/l]: Independently published. Pos. 297.

³⁷INGOLD, Tim. **The Perception of the Environment.** Essays on livelihood, dwelling and skill. London: Routledge, 2011, p. 373-419.

³⁸THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness.** New Haven: Yale University Press, 2008, p. 3 (Following the herd).

estereótipos, as visões de mundo e os conceitos compartilhados pelos indivíduos de uma sociedade e que são utilizados na construção das representações mentais, essenciais ao pensamento humano em geral.

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

Um interessante exemplo da tendência de pensar e decidir conforme modelos mentais é citado no relatório do Banco Mundial (2015) e enfoca o estereótipo social das castas e os preconceitos respectivos. Em um experimento realizado na Índia, garotos de castas baixas mostraram-se tão capazes quanto os de castas mais elevadas em resolver quebra-cabeças quando a origem social não era revelada. Contudo, em grupos mistos em que as castas de origem foram anunciadas, os garotos de castas baixas tiveram desempenho 23% inferior aos de castas mais altas³⁹.

3.3 Modelo neurofilosófico de Gabriel Mograbi

Além das tendências apresentadas acima, que foram separadas apenas para fins didáticos, pode ser citado como modelo descritivo de tomada de decisões aquele que vem sendo construído pelo filósofo da mente Gabriel Mograbi.

Mograbi apresenta seu esquema de processos de tomada de decisão no contexto do debate filosófico sobre livre-arbítrio e determinismo, que se divide nas correntes compatibilistas, incompatibilistas e libertaristas. Em síntese, o filósofo sugere que, ao invés de despendar esforços para remodelar o conceito de livre-arbítrio de modo a torná-lo compatível com as ideias de evolução e adaptação, bem como com um monismo físico e uma visão sóbria de causalidade, adote-se a noção de processos de decisão, inclusive com a formulação de hipóteses passíveis de testagem empírica⁴⁰.

³⁹WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015, p. 12. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴⁰MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Decisão sem livre-arbítrio – Relevância Ecológica como caminho para testagem. In CARDOSO, Renato César et al. (Orgs.). **Livre-arbítrio: uma abordagem interdisciplinar**. Belo Horizonte: Ed. Artesã, 2017, p. 164-165.

Monismo físico representa uma das concepções monistas que pretendem responder ao problema mente-corpo interpretando a mente como o conjunto de processos mentais emergente do cérebro. O monismo contrapõe-se às visões dualistas, que consideram a mente como algo diverso do cérebro/corpo. Após citar uma série de argumentos contra a ideia de uma mente independente do cérebro, Bunge aponta que a concepção dualista tem raízes religiosas, em especial no Cristianismo, o que ajuda a lhe garantir sobrevivência ainda nos dias de hoje (BUNGE, Mario. **The Mind-Body Problem**. A Psychobiological Approach. London: Pergamon Press, 1980, p. 1-10).

Partindo dos pressupostos de que os seres humanos são “*determinados por limitações e condições evolutivas, genéticas, ecológicas e adaptativas*”⁴¹ e que deve ser rechaçada a dicotomia corpo/mente, Mograbi sustenta que é contraproducente discutir a ideia de livre-arbítrio em sua extensão conceitual plena, propondo substituir o conceito pela mais profícua noção de tomada de decisão.

A partir de dados empíricos da neurociência, Mograbi conceitua processos de tomada de decisão como “*uma integração de diferentes níveis de processamento de informação ([...] no cérebro) que é capaz de abarcar influências interoceptivas e exteroceptivas visando a seleção de um possível curso de ação*”⁴². O autor sustenta que, nesses processos, as capacidades decisórias mais importantes são: o assinalamento de valores, o monitoramento de eventuais conflitos na integração de informações, a mediação e a solução desses conflitos. Também têm papel importante nos processos decisórios as capacidades de inibição, filtragem ou supressão de estímulos concorrentes, que contam inclusive com mecanismos fisiológicos de bloqueio de estímulos.

O modelo de Mograbi aproxima-se de estudos de Ciências Cognitivas realizados ao longo dos séculos 20 e 21, que revelam que não há processos mentais sem experiências corpóreas. Atividades como a aprendizagem de um novo processo mental (como uma nova língua, por exemplo) são alimentadas por vivências do corpo humano, que por sua vez é plástico o suficiente para se modificar em reação a determinado estímulo, numa interação de mão dupla⁴³.

Nesta linha, “*capacidades decisórias são completamente geradas por condições causais e determinativas de nosso cérebro junto com o resto do corpo e o ambiente (incluindo-se aí condições socioculturais, econômicas e outras [...])*”⁴⁴.

Para Mograbi, como os seres humanos possuem diferentes níveis de processamento de informação no cérebro, há diferentes tipos de decisão, dentre as quais as automáticas e as

⁴¹MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Emergência e Processos de Decisão: uma Crítica à Tese de “Free Will” em Libet. **Revista Eletrônica Informação e Cognição**, v. 5, n.1, p. 50, 2006. Disponível em <<http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/reic/article/view/728>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴²MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Decisão sem livre-arbítrio – Relevância Ecológica como caminho para testagem. In CARDOSO, Renato César et al. (Orgs.). **Livre-arbítrio: uma abordagem interdisciplinar**. Belo Horizonte: Ed. Artesã, 2017, p. 166.

⁴³NASSER, Carolina et al. An Adequate Concept of Human Body: Debunking Mind-Body Dualism. In **New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy**. PIETRZYKOWSKI, Tomasz; STANCIOLI, Brunello (Eds). Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016, p. 53.

⁴⁴MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Decisão sem livre-arbítrio – Relevância Ecológica como caminho para testagem. In CARDOSO, Renato César et al. (Orgs.). **Livre-arbítrio: uma abordagem interdisciplinar**. Belo Horizonte: Ed. Artesã, 2017, p. 165.

conscientes⁴⁵. Contrastando patologias que acarretam falta de autocontrole em situações específicas (como doença de Parkinson, algumas compulsões obsessivas), Mograbi correlaciona o grau de aptidão para decidir com a capacidade de autocontrole, sustentando que *“pessoas que são mais sofisticadas em termos de capacidades de controle são mais aptas a decidir”*⁴⁶.

O modelo descritivo de tomada de decisões delineado por Mograbi pode oferecer uma moldura neurofilosófica capaz de abrigar as evidências que vêm sendo coligidas acerca dos processos decisórios humanos, em especial para possibilitar a elaboração de experimentos capazes de testar hipóteses e contribuir para sua melhor compreensão. Aliás, a vocação para a formulação e testagem de hipóteses em experimentos acerca da tomada de decisões é uma das principais vantagens de se distanciar do paradigma da racionalidade abstrata, pois permite que cada vez mais se conheçam os processos decisórios humanos e, assim, se possa aperfeiçoá-los. É o que será visto nos exemplos citados nos próximos tópicos.

3.4 Impactos das novas descobertas sobre tomada de decisão em diferentes contextos

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

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

Um interessante exemplo do impacto das novas evidências sobre tomada de decisão na economia é o desenvolvimento da “Teoria da perspectiva” (ou da prospecção), pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, apresentada no artigo “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”. Kahneman explica que a “Teoria da perspectiva” foi

⁴⁵MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Emergência e Processos de Decisão: uma Crítica à Tese de “Free Will” em Libet. **Revista Eletrônica Informação e Cognição**, v. 5, n.1, p. 69, 2006. Disponível em <<http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/reic/article/view/728>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁴⁶MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Emergência e Processos de Decisão: uma Crítica à Tese de “Free Will” em Libet. **Revista Eletrônica Informação e Cognição**, v. 5, n.1, p. 68, 2006. Disponível em <<http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/reic/article/view/728>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

elaborada a partir da “Teoria da utilidade esperada”, que é um modelo prescritivo da tomada de decisão humana baseado em axiomas de racionalidade. Como psicólogos, Tversky e Kahneman buscavam compreender como humanos tomam decisões na prática, ou seja, visavam desenvolver um modelo descritivo do processo decisório.

Assim, partindo da “Teoria da utilidade esperada” e considerando os processos cognitivos e vieses já identificados, Tversky e Kahneman propuseram que os agentes avaliam e comparam a utilidade do valor final relativamente a um ponto de referência e não mediante a comparação de dois estados estanques de riqueza, como sugere a “Teoria da utilidade esperada”⁴⁷. Kahneman explicita que há três características cognitivas centrais para a “Teoria da perspectiva”, duas delas já identificadas pelos autores como heurísticas em trabalhos anteriores à publicação do citado artigo: **1)** a avaliação é relativa a um ponto de referência neutro que, para resultados financeiros, usualmente é o *status quo*; **2)** as pessoas apresentam sensibilidade decrescente tanto a dimensões sensoriais como à avaliação de mudanças de riqueza; **3)** aversão à perda, característica evolucionária explicada pelo fato de que “*organismos que tratam ameaças como mais urgentes do que as oportunidades têm uma melhor chance de sobreviver e se reproduzir*”⁴⁸.

Mas não é apenas na seara da economia que a quebra do paradigma da racionalidade já teve repercussão. Na obra coletiva “Julgamento e tomada de decisão”, são apresentados exemplos dos impactos que as novas evidências sobre tomada de decisões tiveram no contexto esportivo⁴⁹, na área da medicina e da saúde pública⁵⁰, em especial no tratamento de transtornos relacionados ao uso de substâncias entorpecentes⁵¹, dentre outros.

Também com base nessas descobertas, o economista ganhador do prêmio Nobel Richard Thaler e o jurista Cass Sunstein sugerem intervenções que podem facilitar e melhorar as escolhas humanas em vários contextos envolvendo decisões difíceis e raras, para as quais

⁴⁷FIGUEIRÊDO, LÍZIA. A decisão humana na ótica da economia. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 187.

⁴⁸KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 350-351.

⁴⁹PRAÇA, Gibson Moreira; ALBUQUERQUE, Maicon Rodrigues. Julgamento, tomada de decisão e performance esportiva. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 199-218.

⁵⁰BRUST-RENCK, Priscila Goergen; Julgamento e tomada de decisão em medicina e saúde pública. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 219-241.

⁵¹KLUWE-SCHIAVON, Bruno; SANVICENTE-VIEIRA, Breno. Tomada de decisão nos transtornos relacionados ao uso de substâncias. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 243-267.

não se recebe uma resposta imediata que permita readequar a escolha feita ou quando é complicado traduzir aspectos da situação em termos de fácil compreensão⁵². Estas intervenções foram apelidadas de *nudges* (cutucões) e sua adoção é defendida como uma forma de “paternalismo libertário”, ou seja, uma intervenção voltada a proteger os interesses do agente, mas sem tolher sua liberdade de ação⁵³. Os autores apresentam sugestões na área das finanças, com destaque para mercados de crédito, previdência privada, poupança e investimentos; doação de órgãos; emissão de poluentes, dentre outras.

A título de exemplo, Thaler e Sunstein destacam que, em geral, as pessoas têm enorme dificuldade em investir de modo a garantir a formação de poupança adequada para a aposentadoria, problema que também é evidente no Brasil. Sugerem, assim, a adoção de políticas públicas que incentivem a adesão a planos de previdência, bem como que estimulem escolhas de investimento que garantam a formação de poupança adequada para a aposentadoria, a exemplo de programas de aumento progressivo de contribuições previdenciárias⁵⁴.

As potencialidades são tão grandes que o Banco Mundial (2015) editou o já citado relatório “Mind, Society, and Behaviour”. Ali, estão sintetizados resultados de pesquisas nas três linhas de abordagem (pensar *automaticamente*, *socialmente* e com *modelos mentais*) e formuladores de políticas públicas são instados a utilizar estas evidências para formatar iniciativas mais adequadas para dirigir as decisões e o comportamento humano para os objetivos pretendidos.

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

Para ilustrar, o relatório cita campanha realizada em Bangladesh em 2006, para incentivar o uso de zinco, em conjunto com a reidratação oral, no combate à diarreia em crianças.

⁵²THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008. p. 01 (When Do We Need a Nudge?).

⁵³THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 6-9 (Introduction)

⁵⁴THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 01-21 (Save More Tomorrow).

A iniciativa reuniu medidas de publicidade (pratos de jantar pintados), engajamento comunitário e apoio social (encontros públicos), divulgação de exemplos (em peças de teatro, dramatizações no rádio e seriados televisivos) e anúncios públicos, como riquixás adesivados. Como resultado, a campanha induziu o aumento do consumo de zinco de zero para mais de 75%⁵⁵.

Outrossim, durante a administração do ex-presidente americano Barack Obama, foi instituído o Grupo de Ciências Sociais e Comportamentais (*Social and Behavioral Science Team – SBST*), incumbido de desenvolver projetos e estratégias para aplicar os conhecimentos sobre comportamento humano em programas do governo. Segundo relatório anual de 2015, foram obtidos resultados satisfatórios como o aumento da formação de poupança para aposentadoria, maior acesso e melhor administração de empréstimos para custear cursos universitários, incremento da utilização de aconselhamento de carreira e educação para veteranos, elevação do acesso ao crédito a pequenos fazendeiros, crescimento do número de famílias com cobertura de plano de saúde⁵⁶.

3.5 Impactos das novas descobertas sobre tomada de decisão no contexto jurídico

A divisão do saber em áreas de conhecimento serve a fins didáticos, mas é preciso evitar que essa separação contamine a percepção que se tem do mundo. A realidade não é dividida em setores estanques, incomunicáveis. Os fatos e suas repercussões não estão limitados por áreas de estudo e uma melhor compreensão da realidade recomenda haurir contribuições de vários campos do saber⁵⁷.

Assim, é de se esperar que as evidências que revelam que as pessoas tomam

⁵⁵WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015, p. 146-147. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

⁵⁶Na administração Donald Trump a iniciativa foi descontinuada, mas as informações sobre o grupo e os resultados obtidos ainda estão disponíveis na página da internet <<https://sbst.gov/>>.

⁵⁷É ilustrativo o comentário de Kahneman sobre como as divisões em áreas de estudo podem turvar nossa percepção do mundo:

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

Fiquei pasmo. Meus colegas economistas trabalhavam no prédio ao lado, mas eu nunca percebera a profunda diferença que havia entre nossos mundos intelectuais. Para um psicólogo, é evidente que as pessoas não são nem completamente racionais, nem completamente egoístas, e que seus gostos podem ser tudo, menos estáveis. Nossas duas disciplinas pareciam estar estudando diferentes espécies, que o economista comportamental Richard Thaler depois batizou Econs e Humanos” (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 350-335).

decisões, na maior parte das vezes, não de forma reflexiva e ponderada, mas de maneira automática e intuitiva, com apoio em processos heurísticos e associativos, de acordo com o contexto e influenciadas pelos grupos sociais que integram e modelos mentais que incorporaram, sejam encontradas também no contexto jurídico.

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

Alguns vão ainda mais longe e clamam pela necessidade de unificação do conhecimento haurido das Ciências Naturais e das Ciências Sociais, através do movimento cognominado por Edward Osborne Wilson de *Consiliência*:

A ideia de Consiliência liga-se à ideia de coerência, no sentido de que o conhecimento é único e não se pode admitir que as duas culturas se contradigam. É preciso tornar todo esse conhecimento coerente, ou consiliente. Essa premissa valeria para todas as aventuras intelectuais humanas, inclusive a Ética, e, também o Direito⁵⁸.

Oliveira e Cardoso sugerem que o modelo epistemológico de fragmentação disciplinar produziu o atual cenário de hiperespecialização e um enorme volume de conhecimento segmentado, mas que chegou a seu esgotamento. Assim, o desafio contemporâneo é “*tornar todo esse conhecimento coerente e consistente*” ou, nos termos adotados pelos autores, *consiliente*⁵⁹.

Estudiosos da área sugerem que a empreitada de unificar os institutos jurídicos com o que se sabe do comportamento humano pelas pesquisas desenvolvidas dentro das Ciências Cognitivas seja atribuída à cadeira interdisciplinar do *Neurodireito*. Segundo Marden e Wykrota, o Neurodireito seria a disciplina:

[...] que teria objetivo de reunir estudos das mais diversas áreas neurocognitivas e comportamentais que auxiliem a rever os fundamentos e parte da dinâmica jurídica. Uma disciplina que fomentasse uma linha mais operacional para lidar com as complexidades do fenômeno jurídico que já não podem mais ser ignoradas, como o determinismo, vieses cognitivos e design da escolha pública, para citar apenas poucos exemplos. Mas, praticamente, todas as áreas que se debruçam sobre o fenômeno jurídico podem ser sofisticadas a partir do diálogo com o Neurodireito.

⁵⁸ OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 116-142, 2018, p. 128. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁵⁹ OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 116-142, 2018, p. 139. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

Nessa linha, há pelo menos 03 (três) pontos bastante sensíveis: a) como a valoração de condutas pode produzir normas que, efetivamente, estimulem seus destinatários a agir de determinada maneira?; b) em que medida é possível se falar em um livre arbítrio que permita atribuir responsabilidades diversas aos agentes que não atendem aos comandos legais?; e c) existem formas de incrementar o grau de racionalidade da decisão judicial⁶⁰?

Nesta linha, já há alguns trabalhos que podem ser considerados de Neurodireito no país. No artigo “Julgamento e tomada de decisões no direito”, Cardoso e Horta compilam vários estudos, realizados principalmente nos Estados Unidos da América e Europa, que corroboram que, também nos contextos judiciais, as decisões são tomadas automaticamente, socialmente e conforme modelos mentais⁶¹.

Em relação à tendência de pensar e decidir automaticamente, os autores apontam que muitos dos julgamentos e decisões com repercussões jurídicas emanam de intuições automáticas, padronizadas, e, por isso, sujeitas a diversos vieses. Para corroborar a constatação citam, dentre outros, pesquisa realizada na Alemanha que confirmou o fenômeno da *ancoragem*, revelando que fatores irrelevantes, como o lançamento de um dado, no caso do estudo, têm influência significativa sobre o julgamento⁶². Em uma amostra de 52 juristas, verificou-se que, solicitados a proferir uma sentença a partir da leitura de um caso criminal e após o lançamento de dados, os sujeitos expostos a números maiores propuseram penas significativamente mais altas do que aqueles expostos a valores inferiores, como era esperado, em razão do efeito da ancoragem⁶³.

Já no que se refere à influência da socialidade na tomada de decisões no direito, Cardoso e Horta lembram que os magistrados, assim como as demais pessoas, estão inseridos

⁶⁰MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 59. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁶¹CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 143-168.

⁶²Consoante já mencionado, a *ancoragem* foi identificada por Kahneman e Tversky, e ocorre na elaboração de estimativas numéricas, em que as pessoas usualmente partem de um valor inicial que é ajustado para produzir o resultado solicitado. Contudo, o ajuste desse valor inicial normalmente se mostra insuficiente, seja quando tal ponto de partida tenha sido sugerido pela própria formulação do questionamento, seja quando aferido espontaneamente pelo indivíduo (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Science, New Series, v. 185, n. 4157, 1974, p. 1128).

⁶³CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 149-150. A pesquisa mencionada está descrita em English, B., Mussweiler, T., & Strack, F. (2006). Playing Dice With Criminal Sentences: Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, 32(188), 188-200.

em um contexto social em que “os valores, as normas e as preferências compartilhados por membros de seu grupo de convivência influenciam sua percepção e orientam suas ações”⁶⁴.

Não por outra razão, cientistas sociais vêm, há algum tempo, apontando a necessidade de incluir,

nos modelos explicativos do comportamento judicial, variáveis extrajurídicas que consistem em motivações do âmbito social, como a autoestima, a reputação, o prestígio profissional e acadêmico, e o reconhecimento de seus pares⁶⁵.

Para ilustrar o fenômeno, os autores destacam o grave problema do racismo institucionalizado, que foi identificado na aplicação do Teste de Associação Implícita em 133 juízes norte-americanos. Referido teste foi desenvolvido para aferir julgamentos automáticos e é utilizado para o estudo de associações entre estereótipos negativos inconscientes e grupos específicos, demonstrando a existência do preconceito mesmo quando o sujeito não o percebe⁶⁶.

Quanto ao peso dos modelos mentais nos julgamentos e tomada de decisões judiciais, Cardoso e Horta rememoram que, nas faculdades e livros didáticos, propaga-se que o direito deve ser interpretado conforme princípios e regras jurídicas, com uso de técnicas e métodos interpretativos em um contexto discursivo-argumentativo. Contudo, as evidências já mencionadas acima revelam que esse método de interpretação jurídica não condiz com a prática, pois os julgadores, assim como as demais pessoas, utilizam esquemas mentais internalizados da cultura em que inseridos e ideologias que adotam para compreender o mundo e tomar decisões, inclusive no contexto profissional⁶⁷.

Como exemplo deste fato, os autores mencionam estudos que corroboram o “fenômeno do raciocínio motivado, segundo o qual o raciocínio dos seres humanos é guiado pela motivação de confirmar crenças preestabelecidas”⁶⁸. Pode-se lembrar aqui da sintética imagem do *cachorro emocional e seu rabo racional*, que dá título ao artigo em que o psicólogo

⁶⁴CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 153.

⁶⁵CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 153.

⁶⁶CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 155. O teste pode ser realizado *on line* no sítio eletrônico do *Project Implicit* <<https://implicit.harvard.edu/implicit/>>.

⁶⁷CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 156.

⁶⁸CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 157-158.

Jonathan Haidt explica o modelo social-intuicionista dos julgamentos morais. Segundo Haidt, os julgamentos morais são intuitivos e somente *a posteriori* buscamos fundamentos para justificá-los, ou seja, não são as razões que formam os juízos morais, assim como não é o rabo que balança o cachorro...⁶⁹

Neste contexto, Cardoso e Horta expõem recente estudo (2016) que investigou o que teria maior peso na decisão de confirmar uma condenação, ou a jurisprudência ou as características pessoais do réu. Trinta juízes analisaram um caso julgado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, mas alternando a apresentação de jurisprudência favorável e desfavorável, bem como as características pessoais do condenado – se era ressentido com o conflito ou adotava uma postura conciliatória. Os pesquisadores concluíram que preponderaram na decisão final as características pessoais do réu e não a jurisprudência, revelando um afastamento da orientação jurídica de que se julga o fato ilícito e não a pessoa que o praticou⁷⁰.

Também no Brasil as novas evidências sobre o processo decisório já serviram de subsídio para estudos na área do direito, mais especificamente no campo do direito processual civil. Na tese de doutorado “Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia”, Eduardo José da Fonseca Costa apresenta noções sobre sistema dual de pensamento e analisa alguns vieses cognitivos que podem afetar a imparcialidade exigida dos juízes, sugerindo mecanismos para evitá-los (*debiasing*), mediante acionamento do Sistema 2, ou isolá-los (*insulating*), de modo que não contaminem as decisões judiciais⁷¹.

Para ilustrar a proposta, o autor sugere como mecanismo de desenviesamento a adoção de intervalo de tempo entre a instrução processual e a prolação da sentença, para que o Sistema 2 possa ser acionado e assumo o controle do processo decisório. Como exemplo da técnica de isolamento, sugere impedir que o juiz que concedeu tutela sumária com base em juízo de probabilidade do direito decida o mérito do feito, para isolar os efeitos do *viés de*

⁶⁹Haidt, Jonathan. The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, 2001, p. 817-819.

⁷⁰CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 157.

O estudo está descrito em SPAMANN, H.; KLÖHN, L. (2016). Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges. *The Journal of Legal Studies*, 45(2), 255-280.

⁷¹COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

confirmação e do *lock-in-effect*⁷².

Na mesma linha, na obra “Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais”, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron examinam alguns vieses cognitivos que podem interferir na atividade jurisdicional e fornecem hipóteses de desviesamento (*debiasing*) preventivo e corretivo, em interlocução com as teorias de argumentação jurídica de Robert Brandom e da integridade de Ronald Dworkin⁷³.

Outrossim, a Revista Brasileira de Políticas Públicas editou o “Dossiê especial: Indução de comportamentos (*Neurolaw*): Direito, Psicologia e Neurociência” em agosto de 2018, compilando vários artigos com a proposta de

[...] pensarmos o direito não mais como um mero conjunto de regras e princípios, mas a partir de uma abordagem ampla e interdisciplinar, que considere o que outras áreas do conhecimento como a neurociência e a psicologia já sabem: todos nós, como seres humanos, somos falíveis, somos produto de nossa cultura, etnia, nacionalidade, condição socioeconômica, gênero, sexo e ideologia; somos vulneráveis a vieses, preconceitos e emoções, negativas e positivas⁷⁴.

O volume traz estudos em diferentes áreas, enfocando o papel das emoções e juízos morais no direito, exame de *nudges* e políticas públicas, bem como de vieses cognitivos e políticas públicas, análise de fatores extrajurídicos nas decisões judiciais, Neurodireito aplicado ao direito e ao processo penal, dentre outros.

Os trabalhos mencionados acima revelam que o Neurodireito, apesar de incipiente, já começou a ser desenvolvido no país. É um novo campo de estudos, com amplas perspectivas de contribuir para que as normas jurídicas se tornem mais aprimoradas e aptas a responder à altura da complexidade do comportamento humano.

⁷²Nos casos em que os juízes fazem um julgamento liminar, há tendência significativa a manter a decisão inicial, mesmo diante de novas provas e informações (CARDOSO, Renato César; HORTA, Ricardo de Lins e. Julgamento e tomada de decisões no direito. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 153).

⁷³NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: JusPodivm, 2018.

⁷⁴MELLO, Patrícia Perrone Campos; NOJIRI, Sergio. Editorial: O Direito na fronteira da razão: Psicologia, Neurociência e Economia comportamental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 24. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

4 TOMADA DE DECISÕES (OU VONTADE) E DIREITO PRIVADO NO BRASIL

Como exposto nos itens anteriores, a quebra do paradigma da racionalidade pelas novas descobertas sobre o processo decisório humano vem influenciando várias áreas do conhecimento e contribuindo para a formulação de intervenções voltadas a melhorar a tomada de decisões, inclusive no campo do Direito.

O objetivo neste tópico é analisar se e como as novas descobertas sobre tomada de decisões vem influenciando o Direito Privado no Brasil. Para tanto, será desenvolvido um exame comparativo da regulamentação dos negócios jurídicos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

4.1 Tomada de decisão (ou vontade) nos negócios jurídicos no Código Civil

Na lição de Villela, o “*Direito é uma ciência de fenômenos ou do acontecer*”, que se apropria axiologicamente de determinados fatos, atribuindo-lhes relevância jurídica e consequências típicas, conforme razões de conveniência ou oportunidade⁷⁵.

Dentre os fatos que a ordem jurídica seleciona e liga a sua ocorrência efeitos jurídicos, estão as condutas humanas, em especial aquelas em que há o concurso da vontade, os cognominados *atos jurídicos*. Estes se subdividem em atos *stricto sensu* e negócios jurídicos, que serão o objeto da análise aqui desenvolvida, pois dão amplo espaço para a deliberação dos sujeitos, que podem definir o conteúdo e, via de regra, a forma do pactuado.

Assim, o elemento principal do suporte fático dos negócios jurídicos é a manifestação de vontade, que nada mais é que a exteriorização de uma decisão. Isso não quer dizer, contudo, que aquilo que o direito toma como base para a produção de efeitos jurídicos coincida exatamente com o que foi desejado pelo sujeito, ou seja, que a vontade “jurídica” seja idêntica à vontade “psicológica”. Mas é inegável que, na base da vontade “jurídica” existe uma decisão do indivíduo, a que são atribuídos efeitos jurídicos, sob pena de transmudar o instituto em mera ficção desconexa da realidade. Como destaca Moncada, “*os conceitos jurídicos não coincidem com os conceitos empíricos dos domínios do ser, sem dúvida, mas em muitos casos, decalcam-nos e não podem prescindir deles*”⁷⁶.

⁷⁵VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In DIAS, Adahyl Lourenço et al. (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255-256.

⁷⁶CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de Direito Civil: parte geral**. 4ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 546, nota de rodapé n. 1. Reputo desnecessário recordar a antiga divergência entre as teorias

A passagem do *fato* (manifestação de vontade) para o mundo jurídico, em que se torna *negócio jurídico*, ocorre através do preenchimento dos requisitos de validade, ou seja, dos pressupostos legais exigidos para que o ato possa produzir os efeitos típicos previamente definidos. Os requisitos de validade funcionam como uma espécie de filtro, como um conjunto de parâmetros que devem ser atendidos para que o ato seja assimilado pela ordem jurídica e possa gerar os efeitos previamente definidos. Por outro lado, caso não observados os requisitos de validade, o ato ingressa no mundo jurídico de maneira defeituosa, sendo rejeitado pelo ordenamento, que o repele, com a pecha de invalidade⁷⁷.

Fiando-se na tripartição dos planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), desenvolvida por Hans Kelsen e divulgada no Brasil por Pontes de Miranda, vários autores nacionais sustentam que os requisitos de validade são uma qualificação dos pressupostos existenciais do ato, mas fato é que somente ao atender os requisitos de validade há aptidão para produção de efeitos jurídicos⁷⁸.

O artigo 104 do Código Civil traz os requisitos de validade do negócio jurídico:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
 I - agente capaz;
 II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
 III - forma prescrita ou não defesa em lei.

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

Nos tópicos seguintes será feita breve análise dos requisitos de validade e dos

voluntaristas, que focam a definição do negócio jurídico na *vontade* dirigida à produção de efeitos jurídicos, e as teorias preceptivas, que conceituam o instituto como um comando concreto ao qual o ordenamento reconhece eficácia jurídica (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4-14). Pois, como dito, seja recaindo o enfoque sobre a vontade em si, seja sobre a produção de efeitos jurídicos a que se destina ou mesmo sobre as circunstâncias sociais que o levam a ser visto como declaração de vontade (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21-22), fato é que, na base de tudo, há uma decisão humana, a que se pode dar maior ou menor importância.

⁷⁷VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In DIAS, Adahyl Lourenço et al. (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro**. In: São Paulo: Saraiva, 1982, p. 262-263.

⁷⁸FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 573-574, 599.

defeitos do negócio jurídico, com escopo de aferir se as novas evidências sobre tomada de decisões contribuíram de alguma forma para a elaboração do Código Civil de 2002.

4.1.1 Requisitos de validade dos negócios jurídicos

4.1.1.1 Agente capaz

4.1.1.1.1 Regime de capacidades na redação original do Código Civil de 2002

Os requisitos de validade dos negócios jurídicos são usualmente divididos em subjetivos, objetivos e formais.

Como condição subjetiva de validade, está expressamente exigido apenas o *agente capaz*, evidenciando que “*o sistema de capacidades, para além de seu viés protetivo, busca resguardar a higidez dessa vontade declarada, impedindo que manifestações desprovidas de adequado discernimento sejam aptas à produção de resultados jurídicos*”⁷⁹.

Segundo Carvalho:

No Brasil, a teoria das capacidades surgiu nas obras de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, no século XIX, em especial no *Esboço do Código Civil*. Posteriormente, sofreu alterações substanciais, principalmente na obra de CLOVIS BEVILAQUA, sobretudo no *Projeto do Código Civil*⁸⁰.

Já em Freitas, tem-se um sistema de capacidades de fato, ou seja, de autorização para o exercício pessoal dos atos jurídicos, que comporta graus (incapacidade absoluta/relativa). Algumas das hipóteses de restrição da prática pessoal de atos jurídicos estavam justificadas na *ausência de discernimento* ou no *discernimento reduzido ou incompleto* (menores impúberes, alienados declarados tais em juízo e menores adultos)⁸¹.

É curioso notar que Freitas incluiu no artigo 509 do *Esboço* hipóteses de incapacidades incidentais, passíveis de verificação no caso concreto, em ação de nulidade, dentre as quais a dos “*que praticaram o ato privados do uso da razão por delírio febril, sonambulismo natural ou provocado por operação magnética; e por fortes emoções de medo,*

⁷⁹ PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 124.

⁸⁰ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 13.

⁸¹ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 18-19.

terror, cólera ou vingança” e dos “*que praticaram o ato em estado de embriaguez completa*”⁸². Contudo, estas hipóteses não foram replicadas no projeto de Clóvis Beviláqua.

Em seu projeto, Beviláqua promoveu alterações substanciais no sistema de capacidades engendrado por Freitas, inclusive no que se refere à incapacidade de fato. Enquanto em Freitas a distinção entre incapacidade absoluta e relativa se referia à *abrangência* (absolutamente incapazes não podiam praticar pessoalmente *nenhum* ato da vida civil; relativamente incapazes podiam realizar por si *alguns* atos), Beviláqua tem por foco o *grau* de discernimento para a prática dos atos da vida civil, propondo que absolutamente incapazes são aqueles que não tinham *nenhum discernimento* para a prática por si dos atos da vida civil, enquanto os relativamente incapazes tinham o discernimento *incompleto*⁸³. Ou seja, Beviláqua adotou o que em Freitas servia como justificativa das incapacidades para caracterizar as próprias hipóteses legais.

Apesar de a enumeração das pessoas absoluta e relativamente incapazes ter sido alterada no caminho para sua transformação no Código Civil de 1916, o esquema de capacidades de Beviláqua manteve seus contornos, inclusive na redação original do Código Civil de 2002⁸⁴.

Na redação original do artigo 3º do Código Civil de 2002, havia hipóteses de incapacidade absoluta por razão etária (menores de 16 anos), grau de discernimento (os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o *necessário* discernimento) e impossibilidade de expressão da vontade. Já o artigo 4º previa a incapacidade relativa por razão etária (maiores de 16 e menores de 18 anos), grau de discernimento (ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo) e os pródigos, que não apareciam nem no esquema de

⁸² CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 19.

⁸³ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 24-25.

⁸⁴ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 25.
Como será abaixo explicitado, a redação original foi alterada pela Lei nº 13.146/2015, que produziu mudanças profundas no regime de capacidades brasileiro.

Freitas, nem no projeto original de Beviláqua⁸⁵.

Segundo Stancioli e Pereira, tais dispositivos traduziam

[...] uma preocupação do legislador com a *qualidade da vontade do sujeito de direito*. De certo modo, é possível fazer uma correlação entre a *incapacidade absoluta* e a *ausência de discernimento* e entre a *incapacidade relativa* e a *redução de discernimento*. Assim, as hipóteses previstas, no intuito de proteger os indivíduos afetados de alguma forma em seu grau de cognição e expressão da vontade, levavam à vedação ou à limitação da prática de atos jurídicos⁸⁶.

De fato, a redação original dos artigos 3º e 4º revelava cuidado com a *qualidade da vontade* apta a produzir efeitos jurídicos. Contudo, o que se percebe é que tal preocupação não está centrada em cada ato individualizado, mas nas condições pessoais do agente, seu grau de cognição e forma de expressão da vontade. Ou seja, o regime de capacidades brasileiro não tem por escopo aferir se, em cada caso concreto, a vontade expressada apresenta qualidade suficiente para produzir os efeitos típicos do ato praticado, pois busca verificar se o *indivíduo* possui condições intelectuais genéricas de compreensão e discernimento para a prática de todos ou alguns atos jurídicos. Assim, fosse quando presumido (nos casos determinados pela idade), fosse quando comprovado que não havia o *necessário discernimento* ou que este era *reduzido*, o agente era considerado incapaz. Isto implicava a invalidade dos atos jurídicos por ele praticados, sem que se perquirisse se, em cada caso concreto, a decisão fora tomada com a ponderação adequada.

O que transparece é que o regime de capacidades brasileiro não se preocupa com o processo de tomada de decisão em si, mas com as capacidades decisórias genéricas do indivíduo. Na redação original do Código Civil de 2002, partia-se do pressuposto que, se o agente possuía o *discernimento necessário*, estaria apto a decidir em qualquer momento e contexto, sobre qualquer questão, de maneira consentânea com seus valores e interesses. Segundo Schmidt Neto e Facchini Neto:

A pressuposição básica que subjaz aos mais variados institutos jurídicos consiste na premissa de que o ser humano maior e capaz caracteriza-se por sua liberdade e racionalidade. Como tal, é livre para escolher entre condutas a adotar. A escolha entre as diversas alternativas é fruto de uma reflexão racional⁸⁷.

⁸⁵ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Beviláqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 27-28.

⁸⁶ STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 109.

⁸⁷ SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 66.

O regime de capacidades se articula com o regramento dos defeitos dos negócios jurídicos, que viabilizam, sob alguns aspectos, o exame da tomada de decisão no caso concreto. Mas o que é importante frisar é que o regime de capacidades no direito brasileiro não foi elaborado tendo por preocupação os processos decisórios, mas a aptidão decisória genérica, que era traduzida no Código Civil pelo *necessário discernimento* do agente capaz.

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

Conquanto as decisões tomadas fora do modelo de deliberação refletida não fossem, via de regra, uma preocupação da ordem jurídica, em algumas áreas do Direito Privado já se percebia a tendência a incrementar a exigência da qualidade da vontade externada no caso concreto e não somente a preocupação com a capacidade decisória genérica do agente.

É o que se verifica, por exemplo, no campo da bioética, especificamente no desenvolvimento da noção de *consentimento informado*. Stancioli relata como a exigência de autorização para qualquer intervenção médica passou de uma simples anuência formal para um consentimento informado *material*, preocupado com o *conteúdo* e a *qualidade* da informação fornecida pelos médicos, e não apenas com a capacidade genérica de o agente tomar decisões⁸⁸.

Como se pretende demonstrar abaixo, também a regulamentação das relações consumeristas já revelava maior cuidado com a efetiva qualidade da vontade externada. Mas esta preocupação não se espalhou para o regime de capacidades, que caminhou na direção contrária com a reforma promovida pela Lei nº 13.146/2015, o que será a seguir examinado.

4.1.1.1.2 Regime de capacidades na redação atual do Código Civil de 2002

O regime de capacidades brasileiro foi profundamente alterado pela Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, autointitulada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, e que foi aprovada na esteira da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁸⁹.

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

⁸⁸ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 54.

⁸⁹ Após as ratificações necessárias e a entrada em vigor da Convenção em 3 de maio de 2008, seu texto foi aprovado no Brasil pelo Decreto legislativo nº 186/2008, na forma do §3º do artigo 5º da Constituição Federal/1988, ou

Com escopo de incrementar o exercício da autonomia pelas pessoas com deficiência, mediante garantia de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme preconiza o artigo 12 da Convenção, foram excluídas dos artigos 3º e 4º do Código Civil todas as menções à enfermidade, à deficiência mental e ao discernimento. Assim, conquanto a mudança legislativa não tenha afetado o esquema geral, ao modificar as “*hipóteses de incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa, o Estatuto da Pessoa com deficiência esvaziou o referencial teórico por trás do esquema do Código, que passou a não fazer mais sentido*”⁹⁰.

De fato, o regime de capacidades brasileiro perdeu em coerência, pois não é mais possível correlacionar as causas e graus de incapacidade com o nível de discernimento do indivíduo, inferência que só continua válida para o critério etário. Já as pessoas com deficiência mental, mesmo com redução ou ausência de discernimento, devem ser consideradas plenamente capazes e os atos por elas praticados, válidos. Na lição de Lara:

Com a entrada em vigor do Estatuto, o critério parece ter se alterado para a possibilidade ou não de *expressão* da vontade. Agora, se o sujeito é capaz de exprimir qualquer vontade, ainda que não tenha pleno entendimento sobre o que está manifestando, será considerado plenamente capaz e seus atos serão válidos⁹¹.

Nos textos do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência fica bem evidente que se propõe substituir o até então prevalente “paradigma da capacidade mental (ou do discernimento)” – que vincula a capacidade de agir à existência de discernimento adequado do indivíduo e admite que, em algumas situações, sua vontade seja substituída pela de um terceiro – por um modelo de tomada de decisão com apoios baseados na comunidade, sempre com respeito à vontade e preferências da pessoa com deficiência⁹².

Por isso, Lara critica os operadores do direito que sugerem a possibilidade de incluir os portadores de deficiência mental com ausência ou redução de discernimento na hipótese do

seja, com *status* de emenda constitucional. Após, foi promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009.

⁹⁰ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (org.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 28.

⁹¹ LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 93.

⁹² SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. **International Journal of Law and Psychiatry**, n. 40, 2015, p. 80-91.

O Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi criado com base no artigo 34 da Convenção e sua principal função é acompanhar a implementação da normativa, especialmente através do exame dos relatórios periódicos enviados pelos países e pela elaboração de recomendações aos Estados parte e articulações com estes e outras entidades internacionais.

artigo 4º, III, do Código Civil, que enquadra como relativamente incapazes “*aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade*”⁹³. Segundo esta corrente, a *vontade* mencionada no dispositivo deve ser entendida como vontade *hígida*, não podendo ser considerada como tal a manifestação que não revele o discernimento do agente.

Ainda que o escopo manifesto de tal vertente seja proteger as pessoas com deficiência, fica evidente o propósito de desconsiderar texto expresso de lei, e não apenas interpretá-lo. Afinal, as hipóteses de incapacidade, por implicarem restrição ao exercício pessoal de direito, devem ser compreendidas *restritivamente* e não de forma a ampliá-las⁹⁴. Além disso, considerar que a capacidade de fato plena é a regra, mesmo para as pessoas com deficiência mental que reduza o discernimento, coaduna-se com a mudança pretendida pela Convenção e com a redação do artigo 6º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que prevê que “*a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa*”.

A mudança legislativa promovida pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência foi objeto de várias críticas: foi considerada pouco técnica, assistemática e desassistente com as pessoas com deficiência⁹⁵.

Por outro lado, conquanto questione se é conveniente a mudança com a amplitude pretendida pela Convenção – ou seja, abrangendo pessoas com *todos* os tipos de deficiência mental, mesmo as mais graves –, Lara destaca que o modelo proposto está baseado na

⁹³ Como exemplos dessa linha de interpretação, Lara cita: FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 168-169; TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte I. In **Migalhas**. 29/07/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 03 out. 2019.

⁹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil - Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 268.

⁹⁵ Neste sentido: CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, pp. 13-34; HOSNI, David S. S. O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 35-64 (na 2ª edição da obra o artigo foi publicado com o título “O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento”, para refletir a mudança de entendimento apresentada na versão mais recente); STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 101-113; LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 143-149.

concepção mais atual de autonomia dialógica⁹⁶. É na interação social que a identidade é construída, que surge a pessoa, pois “*os indivíduos não nascem autônomos. É no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação de valores e de regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento de sua autonomia crítica*”⁹⁷.

A concepção de autonomia relacional permite desenvolver modelos em que a autonomia é exercida com o auxílio e, até mesmo, “por meio de outras pessoas”, que é exatamente a proposta da rede de apoios prevista no artigo 12 da Convenção⁹⁸. Assim, apesar de assistemática e fortemente criticada, a mudança legislativa no regime de capacidades brasileiro tem raízes, ainda que remotas, na mais atual noção de autonomia como exercício interativo, dialógico.

O fato de ser fundada numa noção contemporânea de autonomia não garante, contudo, a adequação da mudança proposta pelo “paradigma de apoio”. Vários autores apontam que, em especial no que tange à proteção das pessoas com deficiência que elimina ou reduz o discernimento, o regime de capacidade de fato plena deixa tais pessoas à mercê da sorte no tráfego jurídico. Receia-se, dentre outros temores, que, sem o necessário discernimento, as pessoas com deficiência realizem negócios jurídicos que não atendam a seus interesses e preferências e, pior, lhes causem graves prejuízos⁹⁹.

Para sanar este *deficit* de tutela e proporcionar igualdade material às pessoas com deficiência, algumas sugestões já foram apresentadas, além daquela acima exposta, a qual propõe subverter a mudança pretendida via interpretação extensiva¹⁰⁰. Duas merecem destaque,

⁹⁶ LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 150-151.

⁹⁷ GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 20.

⁹⁸ Os apoios consistem em um conjunto de políticas públicas, bem como redes e instrumentos de auxílio formais e informais voltados a proporcionar a assistência necessária para pessoas com deficiência, em todos os âmbitos da vida, inclusive na tomada de decisões com repercussões jurídicas (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment n° 1**. Genebra: 2014, p. 40. Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>>. Acesso em: 30 dez. 2019).

⁹⁹ Teme-se que a mudança no regime de capacidades também gere desproteção no que diz respeito à prescrição (artigo 198, I, do Código Civil), à usucapião (artigo 1.244) e à responsabilidade civil (artigo 928), cujo regramento, direta ou indiretamente, remete à condição de incapaz com escopo de protegê-lo.

¹⁰⁰ Além da interpretação extensiva mencionada acima, já foi sugerido que o Poder Judiciário poderia atuar no caso concreto, inclusive desconsiderando a mudança legislativa, se necessário (CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**, 2016, p. 32). Também já foi proposta a intervenção judiciária via controle de constitucionalidade (LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 143-149).

pois se relacionam com o objeto deste trabalho. Ambas sugerem distanciar a análise das características abstratas do sujeito para concentrar-se no ato e no processo decisório em si. A primeira é apresentada a seguir, enquanto a segunda proposta, pertinente aos defeitos do negócio jurídico, será mencionada no tópico destinado ao tema.

A primeira sugestão é de *lege ferenda* e foi apresentada por Lara¹⁰¹. A autora sugere alteração legislativa para incluir dispositivo prevendo a *incapacidade incidental*. O instituto permitiria anular negócio jurídico caso verificado que foi praticado sem o discernimento necessário, resultando em avença que não corresponde aos reais anseios do agente. Destaca que já existe na Itália (artigo 428 do Código Civil) e em Portugal (artigo 257 do Código Civil) previsão semelhante, que poderia ser vista como intermediária entre o regime de capacidades e os vícios da vontade do negócio jurídico.

No direito português, são requisitos para a anulação: 1) existência de incapacidade acidental de entender o sentido da declaração ou ausência de livre exercício da vontade, gerada por *qualquer causa*; 2) que a incapacidade seja notória ou conhecida do declaratório. Já na Itália, exigem-se: 1) prova de que o agente era incapaz de entender e querer no momento da realização do ato; 2) grave prejuízo do incapaz ou má-fé do outro contratante.

Lara e Pereira sustentam que a previsão legal da incapacidade incidental permitiria aferir se a vontade foi formada de maneira hígida, sem nenhum vício, bem como aquilatar se a pessoa possui “*capacidade mínima de autodeterminação*”¹⁰². Para garantir a segurança jurídica e as legítimas expectativas criadas na contraparte, sugerem que a invalidação do negócio jurídico deve ser condicionada à cognoscibilidade do estado temporário de redução ou ausência de discernimento por pessoa de diligência normal nas circunstâncias¹⁰³.

A proposta dos autores é interessante para viabilizar um mecanismo de proteção às

¹⁰¹ Pelo que se apurou, a proposta de inclusão no ordenamento jurídico brasileiro da incapacidade incidental foi inicialmente sugerida por Mariana Alves Lara, na obra “Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção” (p. 202-207). Posteriormente, a proposta foi renovada no artigo PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 121-141.

¹⁰² PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 137.

¹⁰³ PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 138.

peessoas com deficiência quando demonstrado que praticaram negócio divergente de seus interesses em razão da ausência ou redução do discernimento. O instituto continua a presumir capacidade legal em igualdade com os demais, que só é relativizada em caso de falha na formação da vontade negocial. O mecanismo permite ainda a efetiva análise do processo decisório no caso concreto, e não apenas da capacidade decisória abstrata do agente, o que se mostra muito conveniente, considerando todas as evidências de que as pessoas tomam decisões influenciadas pelo contexto e guiadas por modelos mentais e heurísticas.

Não obstante a sugestão necessitar de alteração legislativa, vale destacar que, para além da proteção das pessoas com deficiência, a incapacidade incidental abriria nova possibilidade de examinar os processos decisórios ligados à celebração de negócios jurídicos. Já que a falta ou diminuição do discernimento pode ser gerada por qualquer causa, a incapacidade incidental, nos moldes propostos, possibilitaria questionar se, por exemplo, a decisão tomada por força de determinado viés cognitivo poderia ser anulada por implicar redução do discernimento.

Decerto tal possibilidade dependeria da redação do dispositivo legal. Mas, dentro dos contornos propostos, parece viável sustentar que também a incidência de viés cognitivo poderia ser considerada causa de redução do discernimento apta a ensejar a invalidação de negócio jurídico, desde que preenchidos os demais requisitos legais, em especial o da cognoscibilidade.

Tomem-se, por exemplo, os vieses cognitivos relacionados à heurística da *disponibilidade*. Kahneman e Tversky apontam que, em algumas situações, o cérebro humano afere a frequência ou probabilidade de um evento pela *facilidade* com que sua ocorrência é recordada. Assim, se as pessoas facilmente se lembram de exemplos relevantes, acreditarão que o evento ocorre com maior frequência do que se não recordarem com naturalidade dos fatos. Contudo, este princípio heurístico pode gerar resultados enviesados, pois a disponibilidade de exemplos é afetada por outros fatores além da frequência e probabilidade, tais como maior cobertura pela imprensa, conexão pessoal com o fato e proximidade do evento¹⁰⁴.

Tendo esta heurística em mente, imagine-se um morador de um bairro residencial situado nas proximidades de um aeroclube que, no intervalo de poucos meses, toma

¹⁰⁴ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, 1974, p. 1127-1128. Os autores identificam quatro vieses cognitivos a que a heurística da disponibilidade pode induzir: viés em razão da memorabilidade dos exemplos, viés em razão da eficácia da busca de exemplos, viés em razão da capacidade de imaginar (*imaginability*) e correlação ilusória.

conhecimento de dois acidentes com aviões que decolaram do local, intensamente divulgados pela imprensa. Preocupado com a integridade de sua família, o morador toma decisão enviesada em razão da *memorabilidade* dos eventos e vende sua casa por um preço *muito menor* que o valor de mercado do imóvel, fato este que é do conhecimento do corretor imobiliário. Caso já existisse no ordenamento pátrio a figura da incapacidade incidental, poderia o vendedor buscar a invalidação do negócio jurídico em razão da redução do discernimento?

Veja-se que, em homenagem à boa técnica legislativa, nem o Código Civil de 2002 nem os autores que vêm sugerindo a inclusão da figura da incapacidade incidental definem o que se deve entender por *discernimento*. No anterior regime de capacidades, a ausência ou redução do discernimento estavam ligadas à menoridade (da qual se presumia imaturidade, capacidade reduzida de compreensão e reflexão) ou à deficiência mental, indicando que o discernimento traduzia a qualidade de um sujeito padrão, supostamente dotado de aptidão para compreender e tomar decisões presumidamente refletidas, em suma, *racionais*.

Como já mencionado, os novos aportes sobre processos decisórios humanos colocam em xeque este padrão de racionalidade, de decisão refletida. Além disso, o deslocamento do enfoque da capacidade (genérica) do agente para o ato em si e para a capacidade incidental, ou seja, para o momento da prática da conduta, permite atribuir ao termo *discernimento* contornos atualizados, informados pelas novas evidências sobre deliberações humanas.

Pessoas decidem de forma automática, usando heurísticas que podem provocar desvios de um padrão de reflexão, de bom julgamento. Assim, caso demonstrado que o agente deliberou de forma enviesada, isto é, com desvio que afasta a decisão de um modelo de ponderação, poderia ser considerado que não está presente o discernimento necessário.

Não se está aqui propondo que a inclusão no ordenamento pátrio da incapacidade incidental seja a resposta mais adequada do Direito Civil às novas evidências sobre tomada de decisões. Apenas sugere-se que, caso inserido, o instituto possibilitaria reavaliar o próprio conceito de discernimento e remediar situações que antes eram completamente desconhecidas do Direito. Lembre-se que Freitas e Beviláqua (e talvez a maioria dos operadores do direito nos dias de hoje) nunca ouviram falar de heurísticas e vieses cognitivos!

Mas alguns aspectos desaconselham apostar na incorporação da incapacidade incidental como melhor opção para atualizar a regulamentação dos negócios jurídicos tendo em vista as novas descobertas sobre processos decisórios. A começar pelo fato de que se trata de

proposta de alteração legislativa que não está no horizonte do Congresso Nacional. Em resposta às várias críticas à mudança legislativa no regime de capacidades, foi aprovado no Senado Federal o Projeto de lei nº 757, que visa, dissimuladamente, o retorno ao *status quo ante*, mediante a reinclusão nos artigos 3º e 4º da menção ao discernimento, mas sem vinculação à deficiência. Afinal, mesmo sem associação explícita, como se trata da definição da capacidade de fato, ou seja, da aptidão genérica para a prática por si de atos jurídicos, dificilmente haverá outra causa para a ausência ou redução do discernimento que não seja considerada, pela definição atual, como deficiência¹⁰⁵.

Ademais, por acarretar consequência draconiana, que extirpa do mundo do direito o negócio considerado atentatório a suas normas, a invalidação deve ser acionada com parcimônia, sob pena de trazer insegurança ao tráfego jurídico e desestimular a realização de negócios. Cabe lembrar que o regime de capacidades centrado no agente busca garantir segurança e operabilidade ao ordenamento jurídico, sendo contraindicado um sistema que exija a avaliação de cada ato isolado para aferir se foi praticado com o necessário discernimento¹⁰⁶.

A confiança e bom funcionamento do aparato negocial devem ser mantidos, reservando-se a possibilidade de invalidação por incapacidade incidental a casos extremos, em que evidenciada a gravosidade do negócio entabulado para o agente, pelo menos quando a causa da redução do discernimento for a incidência de viés cognitivo. Na verdade, é intuitivo que mecanismo nos moldes da incapacidade incidental fique restrito a situações excepcionais, seja pelo desafio em identificar sua ocorrência, seja pela dificuldade em comprovar o fato, podendo ser lembrado o que se verifica, na prática, em relação aos defeitos dos negócios jurídicos.

Mas não se deve descartar por completo a possibilidade que o instituto abriria para incorporar à regulamentação dos negócios jurídicos as novas descobertas sobre processos decisórios, pelo menos em certa medida. Como sugerem Marden e Wykrota “*não se trata, porém, de abraçar a completa irracionalidade do agir humano, para descrever completamente do modelo jurídico, mas sim de encontrar formas de entender melhor e lidar operacionalmente com essa irracionalidade*”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Projeto de lei disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

¹⁰⁶ STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 47; SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 153.

¹⁰⁷ MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 61.

Enfim, o exame do regime das capacidades revela que a redação original do Código Civil de 2002 já não enfocava os processos decisórios, centrando-se na presença de um abstrato *discernimento necessário*, supostamente ínsito ao *agente capaz*. Com as alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ficou ainda mais distante a preocupação com a qualidade da vontade declarada. No atual esquema, se nem o conceito etéreo de *discernimento*, que antes fundamentava o regime, pode ser identificado, muito menos se vislumbra qualquer cuidado com a higidez da tomada de decisões.

Por outro lado, ao suprimir do texto legal a estreita vinculação entre ausência/redução de discernimento e deficiência mental, a mudança promovida pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência trouxe a oportunidade de revisitar os próprios conceitos de agente capaz e discernimento. É fato que não era a existência da deficiência ou enfermidade mental em si que causava a incapacidade de exercício¹⁰⁸, mas o esquema tinha por pressuposto o fato de que, se a pessoa apresentasse determinada idade e saúde “normal”, era apta a tomar decisões com discernimento, ou seja, de forma refletida, em qualquer situação. Ora, como visto acima, mesmo pessoas sem deficiência ou enfermidade diagnosticada tomam decisões que, comparadas com um padrão de racionalidade, mostram-se enviesadas, irrefletidas, em dessintonia com seus objetivos.

Ademais, a adoção de um conceito biopsicossocial de deficiência, que considera que esta resulta da interação entre elementos subjetivos e contextuais, é incompatível com um modelo de capacidade ancorado em uma única característica intrínseca à pessoa, como o discernimento¹⁰⁹. Como conclui Hosni:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim como a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, traz um novo fundamento teórico para a abordagem do fenômeno, diferenciando-se essencialmente do fundamento da incapacidade civil tal qual estruturada anteriormente no Código Civil. Isso porque, no novo modelo da CIF a ideia de discernimento não faz mais sentido. Se a ideia de discernimento diz respeito a uma situação intrínseca à pessoa, este conceito se esvazia quando a deficiência passa a ser identificada com a situação final de saúde, representada por elementos intrínsecos e extrínsecos à pessoa. Ou seja, se no modelo anterior do Código Civil havia uma causa inicial para a incapacidade, a qual causava a impossibilidade da

¹⁰⁸ Neste sentido: STANCIOLI, Brunello; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 109.

¹⁰⁹ Para uma visão panorâmica dos diferentes conceitos de deficiência e sua assimilação pelo direito, vide HOSNI, David S. S. O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, 2. ed., p. 35-58.

prática dos atos da vida civil, tal modelo não pode conviver com a ideia de que a incapacidade não possui causa inicial e não se restringe a elementos intrínsecos à pessoa, sendo uma situação de construto social, onde são levados em consideração diversos elementos¹¹⁰.

Assim, tem-se, de um lado, conjunto de evidências que revela que humanos, apesar de dotados de discernimento, utilizam processos decisórios diversos, de acordo com o contexto e circunstâncias pessoais, nem sempre tomando decisões consideradas “racionais”. De outro, verifica-se a evolução do conceito de deficiência, saindo de uma noção etiológica para uma concepção complexa, centrada na interação entre diferentes elementos pessoais e contextuais. Apesar de não estarem relacionados, paralelamente estes dois movimentos confluem para abalar o conceito de agente capaz como indivíduo dotado de pleno discernimento, apto a decidir sozinho em qualquer contexto e a todo momento.

Na esteira da mais recente concepção de autonomia relacional, que não pode ser considerada característica intrínseca ao sujeito, mas é exercida de forma dialógica, em contextos sociais, deve-se reconhecer que o agente capaz não é um ser autossuficiente e racional, mas vulnerável em vários sentidos. Isto não somente por causa de uma “anormalidade”, como uma enfermidade ou deficiência diagnosticada, mas em decorrência da própria constituição do ser humano, que é fruto da adaptação evolutiva a contextos diversos e não de uma concepção adrede planejada e inteligente.

Reconhecer que o agente capaz não deve ser tido por autossuficiente e racional deve levar o Direito a criar mecanismos para que as decisões com repercussões jurídicas sejam tomadas da melhor forma possível, considerando tanto a condição subjetiva do indivíduo como fatores contextuais. Como lembram Marden e Wykrota:

Um século depois do surgimento da Psicologia Comportamental e décadas depois da instrumentação da *Neurociência*, nenhuma área do conhecimento pode simplesmente ignorar as contribuições teóricas que se acumularam. Tal afirmação é especialmente verdade para as ciências que lidam diretamente com o comportamento humano e adquire uma relevância exponencial quando se trata do Direito. Em todo e qualquer momento, o fenômeno jurídico tem a sua dinâmica criada, operacionalizada e dirigida a seres humanos, motivo pelo qual não faz qualquer sentido organizar o sistema sem levar em conta a complexidade dos indivíduos. E, se ainda se sabe muito pouco da mente e se está longe de entendê-la por completo, isso já é o suficiente para não permitir que o Direito continue a operar como o fazia no Século XIX¹¹¹.

¹¹⁰ HOSNI, David S. S. O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, 2. ed., p. 54. Como destaca o autor, o artigo foi publicado na primeira edição da obra com o título “O conceito de deficiência e sua assimilação legal”, que foi alterado na segunda edição para refletir a mudança de entendimento apresentada na versão mais recente (nota 1, p. 35).

¹¹¹ MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira**

Vislumbram-se alguns possíveis caminhos para tanto. Um deles é exatamente reforçar o deslocamento do enfoque do exame das capacidades decisórias genéricas do agente para os processos decisórios em si. Outro é acolher as contribuições do Neurodireito, que busca reunir estudos de áreas neurocognitivas e comportamentais para auxiliar a rever os fundamentos e a dinâmica jurídicos¹¹².

Como exposto, a inclusão no ordenamento pátrio da incapacidade incidental possibilitaria enfocar o processo decisório, a prática do negócio jurídico em si, e não a aptidão genérica do indivíduo para a tomada de decisões. Apesar de proposto com enfoque nas pessoas com deficiência, o instituto permitiria que também decisões tomadas com discernimento reduzido por outros fatores como, por exemplo, a incidência de vieses cognitivos, fossem invalidados, desde que preenchidos os demais requisitos legais. Para que seja possível o uso do instituto também como via para incorporar algumas das novas evidências sobre a complexidade da mente humana, a redação de eventual dispositivo legal deve ser cuidadosa para que, ao mesmo tempo em que não o restrinja às pessoas com deficiência, não torne o sistema inoperante, permitindo que qualquer negócio jurídico seja invalidado em razão de veleidades não identificadas como desvios sistemáticos do cérebro humano.

Conclui-se que a redação atual do regime de capacidades brasileiro não revela nenhuma preocupação com a qualidade da declaração de vontade e nem com processos decisórios em si. O esquema atual está no meio de uma possível transição entre um modelo centrado na (suposta) aptidão decisória plena e autossuficiência do indivíduo para um novo cenário que leva a sério a complexidade humana e oferece mecanismos eficazes para a tomada de decisões melhores. Todavia, completar a transformação demanda esforço dos envolvidos na elaboração e aplicação do direito, a começar pelos legisladores. A ver o que o futuro nos reserva.

4.1.1.2 Forma e objeto

Sem embargo de tratar-se de requisitos de validade de natureza diversa, para os fins do presente trabalho mostra-se conveniente abordar forma e objeto de maneira conjunta. Ambos acompanharam as mudanças ocorridas ao longo do tempo e traduzem a própria concepção de

de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 48-63, 2018, p. 61. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

¹¹² MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 48-63, 2018, p. 59. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

negócio jurídico em cada momento.

Neste processo evolutivo, partiu-se do liberalismo individualista, no Brasil representado pelo Código Civil de 1916, para uma nova concepção do negócio jurídico como instrumento de trocas numa sociedade plural que busca a redução das desigualdades. Após esta releitura, o contrato – melhor representante do negócio jurídico – deve ser celebrado e executado conforme sua função social e regido pelos princípios da boa-fé e da equidade, o que no país foi coroado com a edição do Código Civil de 2002.

No curso destas mudanças, houve incremento da intervenção estatal e a imposição de limites à livre atuação dos indivíduos, o que levou alguns autores, principalmente franceses, a sustentar que o contrato estava em crise¹¹³. Outros, mais afoitos, condenaram à morte o instituto, afirmando que a figura se aproximava cada vez mais do direito dos danos e, em breve, dispensaria regime jurídico próprio¹¹⁴.

O que se vê, contudo, é que não houve nem crise nem morte do contrato, apenas a atualização do instituto a uma nova realidade social:

[...] ao analisar o *contrato*, faz-se possível verificar, na verdade, uma constante renovação e readaptação dessa categoria jurídica, pois o instituto apresenta-se como consequência do contexto social e político em que está inserido. Isso nos leva a perceber a sua maleabilidade no decurso do tempo, permitindo uma constante readaptação aos novos desenhos oferecidos pelas vivências fáticas. Pensando desse modo, a crise sempre esteve presente; não se trata de uma novidade¹¹⁵.

Neste sentido, na teoria contratual clássica, sob a égide do Estado liberal, adotava-se uma concepção mais ampla do princípio da liberdade contratual:

A concepção liberal de contrato era a de acordo livremente manifestado de vontades (consenso) – tomadas igualmente pelo sistema jurídico – independentemente de qualquer formalidade para a sua perfectibilização (em regra). Após o encontro de vontades, isto é, consenso (proposta e aceitação), as partes estarão obrigadas a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não sendo lícito a nenhuma delas, isoladamente, desistir do negócio (*pacta sunt servanda*); também não será lícito ao juiz interferir no

¹¹³ Como exemplo desta corrente, Pereira cita a obra organizada por Christophe Jamin e Denis Mazeaud, intitulada “La nouvelle crise du contrat” em que, em um dos artigos, Jamin “aponta que a referida crise está relacionada com a quebra da concepção individualista e liberal do contrato” (PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 22). No Brasil, a ideia de crise do contrato foi defendida por Claudia Lima Marques (A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. MARQUES, Claudia Lima (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20 apud PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 22).

¹¹⁴ Como expoente deste pensamento, Pereira cita Grant Gilmore e sua obra, “The death of contract” (2. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 95). Apud PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 22-23.

¹¹⁵ PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual**: interesse negativo e interesse positivo. São Paulo: Almedina, 2017, p. 23. No mesmo sentido: ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 347.

que fora livremente pactuado entre as partes. A concepção elementar do modelo é a de que o legislador deixa uma esfera normativa de comportamentos sociais para os próprios indivíduos negociarem, barganharem, cada qual sendo responsável pelo que é melhor para si. Cada um saberá cuidar do seu interesse, gerando com isso justiça¹¹⁶.

Contudo, mesmo neste primeiro momento, a liberdade de contratar e determinar o conteúdo e forma do contrato nunca foi compreendida como absoluta, pois sempre houve limitação das “leis de ordem pública e dos bons costumes”¹¹⁷. Ambas as expressões são de difícil definição, o que permite sua “*ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada época e em cada país*”¹¹⁸. Assim, na fase de consolidação da concepção clássica de contrato, as limitações de “ordem pública” eram diminutas.

Nesta quadra, a aposta na racionalidade humana levou à crença de que sujeitos livres e formalmente iguais estavam aptos a entabular negócios jurídicos que atendessem adequadamente a seus anseios. Como lembra Roppo:

Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa¹¹⁹.

Não obstante, a realidade econômica, o desenvolvimento do capitalismo e a massificação das relações sociais demonstraram distorções, revelando o quão distante da prática estava a noção de igualdade formal. Neste cenário, repensou-se o papel do Estado, que passou a intervir nos negócios jurídicos com escopo de reequilibrar as relações e promover igualdade material entre os contratantes, no movimento cognominado *dirigismo contratual*¹²⁰.

Neste segundo momento, houve incremento da edição de normas de ordem pública, que buscavam limitar a liberdade de contratar dos indivíduos, bem como foi fomentado o revisionismo judicial dos contratos, mediante o desenvolvimento de teorias da imprevisão¹²¹.

¹¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 39.

¹¹⁷ Código Civil de 1916: artigo 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a *ordem pública* e os *bons costumes*.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 24.

¹¹⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 35.

¹²⁰ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42-43.

¹²¹ Segundo Fiúza e Roberto, é mais adequado falar no plural em teorias da imprevisão, pois não se trata de

Segundo Villela, estas transformações no Direito Privado consubstanciam seu

[...] progressivo dimensionamento social, que se traduz por melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática, pela substituição das ideias de concorrência e competição por aquelas mais humanas de colaboração e boa vontade, tornando-se, enfim, mais dúctil e funcional¹²².

No Brasil, este movimento teve como marcos a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Sob a égide destes diplomas normativos, foi explicitada a função social do contrato como instrumento de cooperação social para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como desenvolvidas as cláusulas gerais da boa-fé e da equidade e o instituto do abuso do direito.

Ao longo destas mudanças, merece especial destaque o fenômeno da massificação das relações sociais produtivas, comunicativas e de consumo, que levou ao surgimento dos contratos de massa:

O modelo tradicional de contrato estava morrendo, para ceder lugar às novas formas: contratos de adesão; contratos regulados, cujo conteúdo é dado pelo legislador; contratos necessários, etc.

Em outras palavras, as pessoas já não contratavam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais. Os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos¹²³.

Fiúza e Roberto apontam que estas mudanças causaram enorme perplexidade aos operadores do direito que, num primeiro momento, rechaçaram a configuração dos contratos de adesão como negócios jurídicos, por não vislumbrarem ali o acordo de vontades nos moldes da teoria contratual clássica. Mas esta fase inicial foi superada, dando lugar, inicialmente, à proposição de regras especiais de interpretação dos contratos de adesão. Como a mera interpretação diferenciada não produziu resultados satisfatórios, traçou-se um regime normativo próprio para os contratos de adesão, reconhecendo-se que, na atual quadra, há duas formas de celebração de negócios jurídicos¹²⁴:

formulação única, mas de várias teorias que têm em comum o fator *imprevisibilidade*. Todas se destinam a reequilibrar, por via judicial, contratos de execução diferida ou sucessiva em casos de alterações imprevisíveis das condições econômicas que acarretem excessiva onerosidade para um dos contratantes (FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Contratos de adesão*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 44-45).

¹²² VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 74, n. 261, jan./mar. 1978, p. 33.

¹²³ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 58.

¹²⁴ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 60-62. Neste trabalho, adota-se a expressão *contratos de adesão* de forma ampla, como sinônimo de contratação de massa, por ser o termo que mais se popularizou no país e foi expressamente adotado no Código Civil de 2002. Para a distinção entre contratos de adesão e as condições gerais do contrato, ver MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 56-57.

Em ambos, há um acordo de vontades para a produção de efeitos jurídicos, só que no primeiro caso – característico da concepção clássica – o conteúdo é fruto de uma negociação preliminar entre as partes, e no segundo – próprio da sociedade de massas –, o conteúdo é predeterminado e o consentimento se dá por adesão a ele.

Surge, assim, a divisão entre as categorias dos contratos paritários ou negociáveis e dos contratos de adesão. Os contratos de adesão atendem às necessidades do tráfego jurídico na sociedade de massas e apresentam vantagens, em especial para aquele que formula as cláusulas contratuais gerais. Pois além de possibilitar a simplificação e padronização da celebração e execução de negócios jurídicos, bem como facilitar a criação de novas figuras contratuais, o instituto permite aos proponentes transferir riscos próprios da atividade para o aderente¹²⁵.

Os contratos de adesão foram tratados, num primeiro momento, pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxe definição e normas específicas (artigo 54). Posteriormente, também o Código Civil de 2002 previu regras destinadas aos contratos de adesão, pois, como alertam Fiúza e Roberto, a técnica pode ser usada além da seara consumerista¹²⁶.

Em linhas muito gerais, estas foram as principais etapas pelas quais passou o negócio jurídico na jornada evolutiva desde o início das codificações até a edição do Código Civil de 2002. Este movimento pode ser visto também sob a ótica dos requisitos de validade *forma e objeto*. No que se refere à forma, percebe-se a mudança de uma concepção ampla de liberdade das formas para a percepção desta como mais um dos mecanismos utilizados para que o contrato alcance sua função social¹²⁷.

Em breves pinceladas, Masson apresenta a alteração nas acepções do termo *forma*, destacando a tendência de se afastar da sacramentalidade marcante do Direito Romano para o consensualismo da teoria contratual clássica. Contudo, a autora destaca que, apesar da inclinação ao consensualismo, é inevitável que o negócio jurídico adquira alguma configuração, apresente alguma arquitetura, de modo que

[...] a forma assume um papel social, isto é, de possibilitar um conhecimento objetivo por parte do mundo exterior, pois é através da morfologia, de uma estrutura externa e visível que o ato jurídico assume uma precisa configuração e existência¹²⁸.

Citando Pietro Perlingieri, Masson sustenta ainda que o cognominado princípio da

¹²⁵ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 64-67.

¹²⁶ FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 83.

¹²⁷ MASSON, Natália. O Princípio da Liberdade das Normas. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

¹²⁸ MASSON, Natália. O Princípio da Liberdade das Normas. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170.

liberdade das formas não deve ser lido apenas com olhos na autonomia contratual, mas em conjugação com demais chaves de leitura do negócio jurídico, em especial a equidade e a boa-fé. A autora conclui que “*a forma não deve ser concebida sempre e apenas como um limite, na verdade ela é um instrumento de tutela de interesses, sendo certo que pode atuar na promoção da pessoa humana*”¹²⁹.

Também no que se refere ao objeto, verifica-se a migração de um cenário regido pelo princípio da ampla liberdade contratual, limitada apenas por escassas normas de ordem pública e bons costumes, para o contexto em que a “*liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*” (artigo 421 do Código Civil de 2002), sob a luz das cláusulas gerais da boa-fé (artigo 422 do Código Civil de 2002) e equidade (artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002).

Um exemplo da nova visão da liberdade contratual limitada pela função social e da concepção da forma como instrumento para que se alcance esta pode ser visto na regulamentação dos contratos de adesão no Código Civil de 2002. Apesar de frugal, o diploma legislativo traz dois dispositivos sobre contratos de adesão, aplicáveis a todo o Direito Civil. Um deles determina a adoção da interpretação mais favorável ao aderente no caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias, e o outro prevê a nulidade da renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigos 423 e 424 do Código Civil de 2002).

Nestes dois dispositivos percebe-se a limitação da liberdade contratual, no que tange à forma e ao objeto dos contratos de adesão, exatamente para que alcancem sua função social, por meio do reequilíbrio da disfuncionalidade proporcionada pela diferença de forças entre o proponente e o aderente. Roppo lembra que, nos contratos de adesão, uma das partes da relação, ou seja, todos os aderentes, é privada

[...] de toda a possibilidade de real decisão e influência, em ordem à determinação do seu conteúdo, que acaba por lhes ser *imposto de forma unilateral*. (Falta assim, substancialmente, aquela liberdade de valoração e de escolha do consumidor que, nos postulados da teoria econômica, constituiria pressuposto necessário para um funcionamento racional dos mecanismos de mercado e da concorrência). [...] Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma *restrição da liberdade contratual de uma das partes* da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. [...] O predisponente – contraente ‘forte’ - longe de encontrar na prática dos contratos standard uma restrição dos seus poderes de autonomia privada, nela encontra, pelo contrário, um

¹²⁹ MASSON, Natália. O Princípio da Liberdade das Normas. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 181. A autora cita PERLINGIERI, Pietro. **Forma dei negozi e formalismo degli interpreti**. 4. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1999.

meio para expandir e potencializar o exercício de tais poderes¹³⁰.

Pode-se interpretar, assim, que o legislador no Código Civil de 2002, preocupado com a restrição à liberdade de decisão do aderente, que não participa da definição do conteúdo nem da forma como será redigido o negócio jurídico, previu normas voltadas a impedir determinadas cláusulas e garantiu-lhe preferência em caso de ambiguidade ou contradição na redação desenvolvida pelo proponente. De uma perspectiva muito ampla, vislumbra-se aqui o cuidado do legislador não com o processo decisório do aderente em si, mas com o restrito espaço para sua deliberação, que é balizada pelos termos propostos no contrato de adesão.

Ao proibir determinadas cláusulas, o legislador limita a liberdade contratual do proponente e, de forma reflexa, amplia a do aderente. Por sua vez, ao preferir a interpretação mais favorável ao aderente em cláusulas ambíguas ou contraditórias, o legislador estimula o proponente a redigir contratos mais claros e precisos, aptos a proporcionar a tomada de decisões melhores, ao mesmo tempo em que garante segurança e agilidade ao tráfego jurídico.

Conquanto não seja possível inferir da regulamentação dos contratos de adesão o intuito do Código Civil de 2002 de incorporar novas evidências sobre processos decisórios, fica o exemplo de mecanismos que atuam sobre a forma e objeto dos negócios jurídicos e que podem estimular o aumento do campo de deliberação e a melhora do ambiente de tomada de decisão. Apesar de o exemplo evidenciar que tais instrumentos já estão presentes no ordenamento jurídico, o que se percebe é que seu uso na regulamentação dos negócios jurídicos no Código Civil foi muito escasso.

Cabe destacar que, recentemente, foram feitas mudanças em dispositivos do Código Civil, dentre os quais alguns que regulamentam negócios jurídicos e contratos, por meio da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a cognominada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” (artigos 113, 421, 421-A do Código Civil de 2002). Apesar da denominação sofisticada, pelo menos em relação ao regime dos contratos, as alterações não trouxeram grandes novidades, somente reforçaram entendimentos que decorrem da interpretação do texto legal e já vinham sendo adotados pela jurisprudência, tanto que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes a apelidou de “norma de reforço”¹³¹.

¹³⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 318.

¹³¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: norma de reforço**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/livre-mercado/declaracao-de-direitos-de-liberdade-economica-norma-de-reforco-15082019#:~:targetText=Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%20de%20Liberdade%20Econ%C3%B4mica%3A%20norma%20de%20refor%C3%A7o,->>

As modificações mais expressivas ocorreram no acréscimo do parágrafo único ao artigo 421, que prevê que, “*nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*” e do artigo 421-A, que dispõe que os contratos devem se “*presumir paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção*”. Nos contratos paritários, como já entendiam doutrina e jurisprudência, está agora expresso que as partes gozam de ampla liberdade contratual, inclusive para alocação de riscos da maneira reputada mais adequada e definição de pressupostos para revisão e resolução do ajuste. Em síntese, nenhuma novidade¹³².

Por fim, no que se refere aos recentes avanços sobre tomada de decisão, verifica-se que, na regulamentação da forma e do objeto do negócio jurídico, não foram incorporados mecanismos voltados propriamente à melhoria dos processos decisórios. O regime jurídico contratual afastou-se da noção de indivíduo autônomo autossuficiente e aproximou-se da concepção de autonomia relacional, por meio do exposto reconhecimento da função social do contrato e da incidência das cláusulas gerais da boa-fé e da equidade. Contudo, estas mudanças não demonstram preocupação com as evidências sobre tomada de decisão, tanto que o único exemplo destacado, qual seja, a regulamentação dos contratos de adesão, amplia a esfera de deliberação do aderente, mas não aperfeiçoa o processo decisório. Não obstante, serve de exemplo de como ingerências na forma e no objeto podem ser utilizadas para além da lógica binária da validade/invalidade do negócio jurídico, para produzir efeitos diversos, inclusive com escopo de incrementar a tomada de decisões, ponto que será mais adiante explorado.

4.1.2 Defeitos dos negócios jurídicos¹³³

Historicamente, além do regime de capacidades, centrado no discernimento, foi através dos defeitos dos negócios jurídicos que o ordenamento demonstrou preocupação com a formação da vontade jurídica.

Roppo sugere que, por meio da incapacidade de agir e dos defeitos dos negócios jurídicos, é realizado um “controle da funcionalidade”, em que o

[...] direito, para assegurar o respeito pelas regras do jogo contratual, reage e

A%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20primeira&targetText=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20n.%200881,com%20substancial%20margem%20de%20vantagem.>. Acesso em: 28 nov. 2019.

¹³² O novo diploma legislativo também alterou a redação do artigo 421 do Código Civil, para suprimir a expressão “em razão [da função social do contrato]”, mas não parece que a mudança terá o condão de modificar de forma drástica a maneira como tem sido interpretado e aplicado o princípio da função social do contrato.

¹³³ Esta seção foi parcialmente adaptada de artigo que escrevi em coautoria com o orientador Brunello Stancioli, submetido para publicação na Revista Direito GV sob o título “É preciso dar um *nudge* no ‘homem médio’”.

apresenta remédios para enfrentar acontecimentos que constituem, em qualquer caso, um desvio dessas regras. Será útil acrescentar, que todas estas hipóteses traduzem, em concreto, outras tantas *razões de libertação do contraente-devedor dos vínculos e dos compromissos contratualmente assumidos*. [...]

Uma regra elementar do jogo contratual é esta: aquele que assume compromissos, no âmbito de uma operação económica que pretende levar a cabo, deve estar em condições de avaliar as suas conveniências, de modo razoavelmente correcto, sem que intervenham elementos tais, que perturbem ou alterem gravemente o processo conducente à decisão de concluir o contrato e de o concluir com determinado conteúdo. Se não existem, pelo menos, estes pressupostos de sensatez e de racionalidade das decisões contratuais, não parece oportuno, nem justo, manter o contraente vinculado às mesmas. O mercado, por sua vez, não poderia funcionar eficazmente, se não existisse um mínimo de garantia de que as tomadas de posição dos operadores económicos não são tomadas de modo arbitrário ou irracional¹³⁴.

Por sua vez, Azevedo traduz o regime dos defeitos do negócio jurídico como uma decisão do direito acerca do grau de influência da vontade sobre a declaração, ou seja, sobre sua validade e eficácia jurídica. O autor afirma que se pode atribuir maior ou menor influência à vontade e que, no Brasil, observa-se uma tendência moderadora da doutrina e jurisprudência em relação à legislação:

[...] em princípio, quando o Código Civil restringe o papel da vontade, a doutrina e a jurisprudência o ampliam e, inversamente, quando o Código Civil o amplia (o que acontece nas duas questões mais debatidas: interpretação e erro), doutrina e jurisprudência o restringem¹³⁵.

Já Pinto conceitua os vícios da vontade como “*perturbações do processo formativo da vontade, operando de tal modo que esta, embora concorde com a declaração, é determinada por motivos anómalos e valorados, pelo direito, como ilegítimos*”¹³⁶. Em seguida, o autor trata dos vícios a que o direito (português) atribui relevância autônoma, sugerindo que existem outros percalços no processo formativo da vontade, sendo que o ordenamento jurídico selecionou apenas alguns¹³⁷.

É interessante notar que o Código Civil português, além das figuras clássicas do erro, do dolo e da coação, traz dois dispositivos amplos, que também permitem a tutela do processo decisório, o já comentado artigo 257.º, referente à incapacidade incidental, e o artigo

¹³⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 226.

¹³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-89.

¹³⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (atual. da 4ª ed.). 4ª ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 498-499.

Usualmente, a doutrina brasileira diferencia os defeitos dos negócios jurídicos entre vícios da vontade (ou do consentimento) e vícios sociais, mas em Portugal a denominação adotada pelo Código Civil é vícios da vontade (artigo 259º).

¹³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (atual. da 4ª ed.). 4ª ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 498-538.

282.º, pertinente aos negócios usurários, do qual Pinto extrai as figuras da lesão e do estado de necessidade¹³⁸:

ARTIGO 282.º

(Negócios usurários)

1. É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si ou para terceiro, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados.

Ainda a corroborar que os defeitos dos negócios jurídicos previstos em lei são apenas alguns dos contratempus que podem incidir sobre o processo decisório, que o ordenamento jurídico, por fundamentos vários, optou por valorar, tem-se o fato de que, até a edição do Código Civil de 2002, o estado de perigo não estava previsto na legislação. Hoje o instituto está previsto no artigo 156.

Tem-se, destarte, que os cognominados defeitos dos negócios jurídicos são alguns dos possíveis desvios em relação a um processo de tomada de decisão reputado desejável, a que são atribuídos efeitos jurídicos, principalmente a *invalidade* do ato assim inquinado. Como mencionado acima, há outras situações em que se podem vislumbrar transtornos em grau semelhante no processo decisório, que poderiam ser valorados como defeitos dos negócios jurídicos, como serve de exemplo o instituto da incapacidade incidental do direito português. Mas transformar uma ou outra vicissitude do processo de tomada de decisão em que se baseia o negócio jurídico em defeito é uma escolha eminentemente legislativa. Não parece possível alargar as hipóteses legais para abarcar outras que, ainda que reputadas igualmente nefastas, não possuam os mesmos elementos fáticos.

Veja-se que a própria forma como se estruturam os defeitos do negócio jurídico reflete a opção legislativa por disciplinar as exceções, ou seja, por elencar as situações em que a tomada de decisão não é considerada idônea a produzir efeitos jurídicos, em vez de definir quais as características são necessárias para que a vontade exteriorizada seja considerada válida¹³⁹.

Analisando as hipóteses de defeitos do negócio jurídico no Código Civil, podemos

¹³⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (atual. da 4ª ed.). 4ª ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 499-500, 534-538.

¹³⁹ Pode ser citado como exemplo de uma proposta que aponta não as exceções, mas que define os elementos para a validade do ato, aquela apresentada por Stancioli para o consentimento informado na relação médico-paciente, em que o ato “suficientemente autônomo” deve revelar *compreensão suficiente* e o *mínimo de influências controladoras* (STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 33-43).

separá-las em três grupos: 1) situações em que o sujeito age com desconhecimento da realidade (erro ou ignorância – artigos 138 a 144 do Código Civil); 2) ocasiões em que o agente exterioriza vontade sob controle de circunstâncias exteriores (dolo, coação, estado de perigo e lesão – artigos 145 a 157 do Código Civil) e 3) casos em que o agente deliberadamente fraudula a lei (fraude contra credores e simulação – artigos 158 a 165 do Código Civil)¹⁴⁰.

Considerando a quantidade de defeitos em cada um dos grupos, pode-se inferir que prepondera a preocupação do legislador com o controle por influências externas ao agente, o que sugere o intuito de proteger um ideal de livre-arbítrio – conceito que, aliás, também vem sendo colocado em xeque pelas Ciências Cognitivas¹⁴¹:

Não sou livre, certamente, se minhas ações são controladas por outra pessoa: se, por exemplo, meus desejos e crenças são simplesmente irrelevantes em relação ao que acabo fazendo. Se alguém me manipula fisicamente, ou me aponta uma arma para a cabeça, então a origem das minhas ações não se encontra em mim, são controladas por outros, e eu não sou responsável por elas¹⁴².

Consoante explicita Silva, a tutela contra influências externas traduz a própria roupagem com que a concepção de liberdade foi transposta da filosofia kantiana para o direito, com uma função marcadamente negativa:

Embora mantida a identidade entre liberdade e autonomia, o conceito de liberdade assume uma função nitidamente negativa, porém cognoscível no plano fenomenológico: a liberdade como não-intervenção. Faz-se referência apenas à ausência de obstáculos externos para atuar, não se mencionando a existência de características como a capacidade de aceitar ou modificar nossos desejos, preferências ou valores [...]¹⁴³.

Assim, não causa espécie que o Direito Civil possua maior número de mecanismos para a proteção da liberdade (no sentido de ausência de controle externo) na celebração de

¹⁴⁰ O grupamento proposto aqui serve apenas aos fins do presente trabalho. Na doutrina, a classificação mais comum é entre *vícios do consentimento* (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão), em que “*o ato é defeituoso porque a vontade do agente não se forma corretamente, já que se não fora o defeito que se ressentiu no processo de formação, manifestar-se-ia, certamente, de maneira diversa*”, e *vícios sociais* (simulação e fraude contra credores), nos quais a sanção de invalidade interessa aos terceiros prejudicados pelo negócio (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002, p. 51).

¹⁴¹ Foge aos objetivos do trabalho adentrar as discussões sobre livre-arbítrio. Para tanto, sugere-se acompanhar a pesquisa que está em desenvolvimento no Mestrado da Universidade Federal de Minas Gerais por Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira, cujo projeto é intitulado “O Contrato em face da Neuroética: O que será da autonomia da vontade?”.

¹⁴² No original: “No soy libre, ciertamente, si mis acciones son controladas por otra persona: si, por ejemplo, mis deseos y creencias son simplemente irrelevantes respecto de lo que acabo haciendo. Si alguien me manipula fisicamente, o me apunta con un arma en la cabeza, entonces el origen de mis acciones no se encuentra en mí, las controlan otros, e yo no soy responsable de ellas” (LEVY, Neil. **Neuroética**. Retos para el siglo XXI. Espanha: Avarigani, 2014, p. 321).

¹⁴³ SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139.

negócios, pois está na base do nosso sistema jurídico a estreita vinculação entre liberdade e imputação. Via de regra, só se atribui responsabilidade por determinado ato se ele foi praticado de forma livre, ou seja, “*o alcance de nossas responsabilidades está definido pelo alcance de nossa liberdade, isto é, pelo alcance de nosso controle volitivo*”¹⁴⁴.

É preciso destacar que as influências externas que se buscam afastar na regulamentação dos defeitos do negócio jurídico não equivalem à tendência de pensar socialmente (item 3.2.2 supra). Os achados que apontam o impacto da socialidade no processo decisório revelam que seres humanos atuam em contextos sociais, em que são *influenciados* por outras pessoas e se preocupam com sua posição social, o que é muito diferente da decisão tomada *sob controle*, dirigida por uma circunstância externa, como nos defeitos do negócio jurídico citados acima.

Consoante adiantado supra, um dos caminhos já aventados para sanar a desproteção das pessoas com deficiência, decorrente do novo regime de capacidades no direito brasileiro, refere-se aos defeitos do negócio jurídico. Colombi sugere uma *releitura* dos institutos como salvaguardas para o exercício da autonomia das pessoas com deficiência, em especial do instituto do erro¹⁴⁵:

Alguns dos defeitos dos negócios jurídicos possuem, em sua estrutura, considerações subjetivantes que, em confronto com a peculiar situação de vulnerabilidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual, oferecem um instrumental interessante para a relativização da eficácia de negócios jurídicos leoninos. São eles o erro, o dolo, a coação e a lesão. [...]

A vantagem de legar aos defeitos dos negócios jurídicos o papel de remediar situações negociais leoninas em que pessoas com deficiência mental ou intelectual podem se envolver é justamente a de preservar ao máximo a sua autonomia sem que se descuide da necessidade de proteção. [...] No entanto, para que a autonomia não descaiba em desproteção, dada a peculiar vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual em face das complexidades negociais, a interpretação dos defeitos dos negócios jurídicos deve se dar de forma ponderada, o que é manifesto sobretudo na proposta de ressignificação do erro [...] ¹⁴⁶.

Em relação ao erro, Colombi propõe que, ao invés de compreender o instituto como a discordância entre a representação de mundo usada para a formação da vontade e a realidade

¹⁴⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81.

¹⁴⁵ O sistema de apoios proposto na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê a criação de salvaguardas, ou seja, mecanismos voltados a garantir que o apoio concedido maximize o exercício da autonomia pela pessoa com deficiência, com respeito a sua vontade e suas preferências (artigo 12 da Convenção).

¹⁴⁶ COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In **Deficiência e Direito Privado**: novas reflexões sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 106-107.

– como sempre fizeram doutrina e jurisprudência – no caso das pessoas com deficiência mental a figura seja interpretada como a dissonância entre a decisão tomada e aquela que um negociante *standard* adotaria na situação. Aduz que a definição de erro como a não coincidência entre o mundo fático e os dados utilizados pelo agente na deliberação não está prevista em lei e, portanto, sempre foi construída pela doutrina e jurisprudência, que podem, inclusive, atualizar o conceito para atender a novas demandas sociais.

É exatamente no sentido de atualizar o termo ao que Colombi conclama, propondo que esta releitura compatibilizaria o estímulo ao exercício da autonomia das pessoas com deficiência com a necessidade de protegê-las contra abusos, conforme previsto no artigo 16, 1, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e artigo 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O autor alerta que, mesmo com a ressignificação do erro nos moldes propostos, deverão ser preenchidos todos os requisitos legais, tanto no que se refere às hipóteses em que se considera o erro substancial, quanto o critério da cognoscibilidade do erro pelo declaratório. Ou seja, deve ser possível ao declaratório perceber tanto a divergência em relação ao negociante *standard* quanto a situação de vulnerabilidade do declarante¹⁴⁷.

Assim como em relação à proposta de introdução legislativa da incapacidade incidental, é mister analisar se a releitura do erro sugerida por Colombi poderia servir para resguardar o processo decisório também em relação a outros percalços, em especial a incidência de vieses cognitivos. A ideia seria basicamente a mesma, ou seja, ressignificar o instituto do erro para que seja interpretado como a dissonância não em relação à realidade, mas em comparação com o comportamento de um negociante padrão.

Também aqui valeriam as ressalvas da necessidade de preenchimento dos demais requisitos legais para a configuração do erro, ou seja, a substancialidade e o critério da cognoscibilidade. Destarte, caso aceita a releitura do erro na forma proposta, para que se configure o erro consistente no desvio em relação a um negociante padrão por força de viés cognitivo, seria necessário que ao declaratório fosse possível perceber tanto a divergência do *standard* quanto o fato de que tal se dá em razão da ocorrência do viés. A dificuldade em aplicar esta releitura do erro para um caso de enviesamento cognitivo seria, assim, provar a

¹⁴⁷ COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In **Deficiência e Direito Privado**: novas reflexões sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 108-110.

cognoscibilidade da ocorrência do dito viés.

Veja-se que as justificativas para ressignificar o erro para que sirva de mecanismo de proteção dos processos decisórios contra vieses cognitivos são, em princípio, as mesmas da proposta de releitura para que funcione como salvaguarda ao exercício da autonomia pelas pessoas com deficiência mental, com exceção da tutela destas. Isto é, como o termo *erro* não está definido em lei, incumbe à doutrina e à jurisprudência fixar seu significado, que pode ser inclusive atualizado para fazer face a novas demandas, tais como as descobertas sobre os desvios recorrentes denominados vieses cognitivos.

Conforme explicitado ao longo do trabalho, apesar de serem objeto de exame por outras áreas do saber desde a década de 1970, só muito recentemente as novas evidências sobre tomada de decisão e vieses cognitivos começaram a interessar os estudiosos do direito, e ainda de maneira muito tímida. Ora, diante dos achados de que pessoas nem sempre tomam decisões de forma reflexiva e ponderada, mas de maneira automática e intuitiva, com apoio em processos heurísticos e associativos, que podem ensejar a incidência de vieses cognitivos, justifica-se a adaptação de mecanismos jurídicos aptos a evitar que tais percalços no processo decisório levem a decisões dissonantes dos interesses do sujeito de direitos.

Pode-se pensar num exemplo hipotético: um empresário relata a um corretor de seguros que alugou maquinário para uma empresa mineradora do interior de Minas Gerais, mas que relutou em celebrar o negócio, pois ficou muito impressionado com os dois rompimentos de barragens de mineração ocorridos no Estado nos últimos anos. Solicita cotação de seguro de danos para o maquinário e, mesmo diante do valor elevado do prêmio, *influenciado pelo viés da memorabilidade* dos eventos, decide celebrar o contrato com a seguradora. Logo depois, tem acesso a um estudo da Agência Nacional de Mineração que relata todas as medidas tomadas para que eventos como os rompimentos ocorridos não se repitam e que as chances de que venham a ocorrer novamente são baixas. No mesmo relatório, o empresário descobre que a barragem de rejeitos situada no local para o qual foi enviado o maquinário alugado foi construída com técnica diversa daquelas que se romperam e, por isso, o risco de rompimento é ínfimo.

O negócio poderia ser anulado pela ocorrência de erro sobre o motivo, consistente na avaliação equivocada do risco de novos rompimentos *por força do viés da memorabilidade*, segundo a proposta de releitura da figura do erro¹⁴⁸? Há aqui a dissonância do comportamento

¹⁴⁸ Vale destacar que a ocorrência de vieses cognitivos sobre os motivos da decisão “*só vicia a declaração de*

em relação a um negociante padrão, do qual se espera que avalie o risco de determinado evento com base nas melhores informações possíveis e não a partir de sua impressão pessoal e nos exemplos de alguns acontecimentos, por mais catastróficos que tenham sido. Apenas a causa da divergência – que no exemplo é a ocorrência de viés cognitivo – é diversa daquela da proposta de Colombi, que visa a proteção das pessoas com deficiência mental.

Mas esta diferença não é irrelevante. Propugnar a releitura do erro nos moldes propostos por Colombi traz um ônus argumentativo elevado, devem ser demonstradas fundadas razões para a adoção de novo significado para o termo. No caso das pessoas com deficiência mental, a empreitada é facilitada pelo apelo de reequilibrar o exercício de sua autonomia com a proteção que lhes deve ser dispensada, por força do artigo 16, 1, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do artigo 5º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Já na hipótese da incidência de vieses cognitivos, o esforço argumentativo é maior, o que sugere que apenas em casos extremos a releitura do erro nos moldes propostos deveria ser utilizada como mecanismo para proteção do processo decisório, a partir das novas evidências científicas.

De fato, a lógica binária da invalidade deve ser reservada para casos excepcionais, pois, como dito, impõe sanção draconiana, que impede a produção dos efeitos jurídicos pretendidos. Além disso, a mera previsão de invalidade não previne os obstáculos recorrentes na tomada de decisão nem contribui para melhorar a forma como as pessoas decidem. Como será apresentado a seguir, há outros mecanismos possivelmente mais eficazes para incorporar ao direito os novos achados sobre processos decisórios. Assim, deve a invalidade decorrente da releitura do erro como divergência em relação a um negociante padrão, por força de viés cognitivo, ser reservada para situações extremas.

Destarte, tem-se que a disciplina dos defeitos do negócio jurídico é o instrumento tradicional para a proteção do processo decisório que subjaz à declaração de vontade negocial. A análise, ainda que perfunctória, dos dispositivos legais pertinentes revela que apenas algumas situações incidentes no processo de formação da vontade foram escolhidas pelo legislador como fundamento para a invalidade, principalmente ligadas a fatores externos que podem controlar a tomada de decisão. Não se vislumbra, nem na regulamentação nem na interpretação tradicional da doutrina, nenhuma preocupação com as novas evidências sobre os percalços enfrentados no processo decisório na disciplina e aplicação dos defeitos do negócio jurídico.

vontade quando expresso[s] como razão determinante” (artigo 140), o que limita a incidência do erro nesses casos.

Não obstante, vislumbra-se a possibilidade de ressignificar a figura do erro para que, *excepcionalmente*, seja usada para resguardar o processo decisório contra tendências que podem desviá-lo de um padrão de racionalidade, em especial da incidência de vieses cognitivos. Conquanto pensada originariamente para tutela das pessoas com deficiência mental, a releitura proposta – que considera erro não a divergência com a realidade, mas o desvio em relação a um negociante padrão – pode ser usada também em casos extraordinários de erro provocado por vieses cognitivos. Mas a ressignificação nestes casos, além da clara dificuldade probatória, impõe um ônus argumentativo maior, pois não pode ser banalizada para abarcar veleidades, devendo ser reservada para casos extremos.

Isto porque, além da sobrecarga argumentativa, a sanção de invalidade não parece ser o melhor mecanismo, do ponto de vista da eficácia normativa, para incorporar ao Direito Civil as novas descobertas sobre os processos decisórios. A invalidade, seja na forma da nulidade, seja da anulabilidade, sempre incide *a posteriori*, com intuito de reverter a violação a normas jurídicas. Na lição de Valle Ferreira:

[...] **a nulidade nasce sempre da violação da lei**, de maneira que devemos sempre concluir pelo **caráter meramente negativo do conceito de nulidade**. Efetivamente, ninguém pode recusar que a infração das proibições da lei, ou a inobservância de suas prescrições na formação dos atos jurídicos, em princípio e a rigor, deve levar à ineficácia dos mesmos, uma vez que o direito, para emendar a desobediência, não reconhece nem pode proteger um comportamento contrário à norma estabelecida¹⁴⁹.

Como já dito, a mera previsão da sanção de invalidade não previne os obstáculos ocorrentes no processo decisório nem contribui para melhorar a forma como as pessoas deliberam. Quanto muito, pode funcionar como mecanismo de desenviesamento *corretivo*, ou seja, que não impede a tomada de decisão enviesada, mas obsta que produza efeitos jurídicos¹⁵⁰. Há, contudo, outros instrumentos que podem ser utilizados para que o Direito Privado incorpore as novas evidências sobre tomada de decisões, a seguir explorados.

4.2 Tomada de decisão (ou vontade) no Código de Defesa do Consumidor: deveres de informação e estímulos comportamentais (*nudges*)¹⁵¹

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) veio como resposta à já

¹⁴⁹ FERREIRA, José Gaenert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 3, set. 1963, p. 30.

¹⁵⁰ Expressão inspirada em Nunes, Lud e Pedron, que usam o termo “*debiasing* corretivo” (NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 234).

¹⁵¹ Esta seção foi parcialmente adaptada de artigo que escrevi em coautoria com o orientador Brunello Stancioli, submetido para publicação na Revista Direito GV sob o título “É preciso dar um *nudge* no ‘homem médio’”.

mencionada massificação das relações sociais percebida ao longo do século XX, para as quais o Código Civil de 1916 não oferecia soluções adequadas. Nas palavras de Marques:

Em matéria contratual, não mais se acredita que assegurando a autonomia da vontade e a liberdade contratual se alcançará, automaticamente, a necessária harmonia e equidade nas relações contratuais. Nas sociedades de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em massa, as relações contratuais se despersonalizaram, aparecendo os métodos de contratação estandardizados, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos. Hoje estes métodos predominam em quase todas as relações entre empresas e consumidores, deixando claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas, e outro, simples aderente. É uma realidade social bem diversa daquela do século XIX, que originou a concepção tradicional e individualista de contrato, presente em nosso Código Civil de 1917. Ao Estado coube, portanto, intervir nas relações de consumo, reduzindo o espaço para a autonomia da vontade, impondo normas imperativas de maneira a restabelecer o equilíbrio e a igualdade de forças nas relações entre consumidores e fornecedores¹⁵².

Com este intuito de trazer equidade e igualdade material às partes, as normas do Código de Defesa do Consumidor voltam-se para a tomada de decisões pelo consumidor. Assim, neste diploma legal há o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, I) e o constante incentivo ao fornecimento de informação (artigo 4º, IV; artigo 6º, II e III; artigo 8º; artigo 9º; artigo 31; artigo 36, parágrafo único). Além disso, a lei consumerista veda a publicidade e as práticas abusivas e enganosas, que são conceituadas de *forma ampla*, incluindo *qualquer modalidade* capaz de induzir em erro o consumidor a respeito dos produtos e serviços comercializados ou a estimulá-lo a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança (artigo 6º, IV; artigo 37; artigo 39; artigo 51)¹⁵³.

Ainda a corroborar que o legislador reconhece os percalços na tomada de decisão pelo consumidor, a Lei nº 8.078/1990 expressamente veda a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deveria saber apresentar *alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança* (artigo 10 da Lei nº 8.078/1990). Ora, sabe-se que uma

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27. A autora destaca que hoje, com a popularização da internet, para além da massificação, o que se vê é a *desumanização* do contrato “[...] *que beira a auto-suficiência do declarado e ‘construído’ de forma unilateral e prévia no site eletrônico ou na máquina colocada em um corredor de escola, a auto-suficiência da predisposição declarativa ou material formulada por um fornecedor que não mais se conhece, também despersonalizado e reconhecido talvez apenas pela marca, também um símbolo*” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 55).

¹⁵³ Segundo Marques, “*a vulnerabilidade é multiforme, conceito legal indeterminado, um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática, em especial, pois presumida e alçada a princípio de proteção dos consumidores*” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 311). A doutrina reconhece três espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica ou contábil e fática ou socioeconômica (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 323).

das maiores dificuldades no processo decisório é precisamente a avaliação de riscos, que é realizada com base em informações de validade limitada, processadas segundo regras heurísticas, a exemplo da representatividade, disponibilidade e ancoragem e ajustamento, que podem ensejar a ocorrência de desvios sistemáticos (vieses cognitivos).

Exatamente para evitar que erros e vieses cognitivos dos consumidores na avaliação de riscos subestimem o alto grau de periculosidade e nocividade de determinada mercadoria, o legislador optou por agir preventivamente e proibir a introdução destes produtos no mercado.

Também na regulamentação dos contratos de adesão, o legislador consumerista demonstra preocupação com a tomada de decisão pelo consumidor ao exigir, no §4º do artigo 54, que “*as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*”. A redação em destaque das cláusulas limitadoras de direito do consumidor alinha-se à descoberta de que a atuação do Sistema 2 (deliberativo, reflexivo) pode ser atraída pela criação de uma *tensão cognitiva*, em oposição a uma situação de conforto cognitivo, que permite a livre atuação do Sistema 1 (automático, intuitivo). Kahneman explica que

[...] a experiência da tensão cognitiva, seja qual for sua origem, tende a mobilizar o Sistema 2, mudando a abordagem que as pessoas fazem dos problemas de um modo intuitivo casual para um modo mais empenhado e analítico¹⁵⁴.

O dado surpreendente e contraintuitivo que Kahneman traz é que a tensão cognitiva ativadora do Sistema 2 é trazida com o *desconforto* do sujeito, por exemplo pelo uso de uma tipologia ruim e ilegível, que enseja um estado de alerta e atenção.

Além das normas já citadas, que revelam a preocupação da legislação consumerista com a deliberação pelo consumidor, também os mecanismos jurídicos propostos pela Lei nº 8.078/1990 mostram-se mais adequados para tratar a questão. Veja-se que, ao legislar sobre os requisitos de validade e defeitos do negócio jurídico, o Código Civil traz, como principal consequência, a invalidade (nulidade e anulabilidade) dos atos (artigos 166, 167 e 171 do Código Civil). Ora, ainda que lida sob a ótica dos princípios da boa-fé e da conservação do negócio jurídico (artigos 170, 172, 174, 176, 184 e 422 do Código Civil), a invalidade é uma sanção extrema e que não admite gradação pelo aplicador do direito.

A definição da invalidade (gênero) como nulidade e anulabilidade (espécies) é dada pelo legislador, que também já indica o regime jurídico de cada uma, não concedendo espaço

¹⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 85-86.

ao aplicador do direito para adequar a sanção às peculiaridades do quadro fático.

Ademais, a cominação legal de invalidade não previne os obstáculos recorrentes na tomada de decisão nem contribui para melhorar a forma como as pessoas deliberam. Conquanto o mecanismo da invalidade não tenha por escopo punir a prática de um ato ilícito, mas recompor deformação infligida ao tecido normativo, a maneira como atua representa uma sanção repressiva, que dificilmente terá o condão de estimular as pessoas a agirem de forma diversa¹⁵⁵. Ora, há muito o direito deixou de utilizar sanções repressivas como único instrumento para consecução de seus objetivos, já tendo incorporado em seu repertório as sanções premiais e, mais recentemente, mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais, também conhecidos como *nudges* (cutucões).

Os estímulos comportamentais buscam criar mecanismos para que a decisão seja direcionada em determinado sentido, mas sem excluir a possibilidade de opção diversa. Thaler e Sunstein sustentam que tais estímulos podem ser fornecidos através de uma *arquitetura da decisão* adequada, que indica o caminho a ser seguido, mas sem eliminar outras alternativas. Os autores conceituam *arquitetura da decisão* como o contexto em que as pessoas tomam suas decisões e que, ainda que não percebam, afeta suas decisões (como visto no item 3.2 supra). Como exemplo de um *arquiteto da decisão*, citam o encarregado de posicionar os alimentos em uma cantina escolar, apontando que a *forma* com que apresentados (por exemplo, com destaque para alimentos ou mais saudáveis, ou mais caros, ou que as crianças sabidamente preferem ou ainda aleatoriamente) interfere na escolha que os alunos farão ao selecionar seus lanches¹⁵⁶.

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

Pode-se vislumbrar norma de arquitetura da decisão no Código de Defesa do Consumidor que se assemelha ao *nudge*, dirigida não aos consumidores, mas aos fornecedores,

¹⁵⁵ Não parece ser o caso da imposição de sanção de invalidade na regulamentação dos negócios jurídicos, mas Ariely relata que, em algumas ocasiões, a imposição de sanções inadequadas pode inclusive *fomentar* a conduta que se buscava evitar (vide ARIELY, Dan. **Predictably irrational**: the hidden forces that shape our decisions. London: HarperCollinsPublishers Ltd., 2008, pos. 1108-1122).

¹⁵⁶ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 09-10 (Introduction).

que visa desestimular prática considerada abusiva. Para evitar que fornecedores coajam consumidores a adquirir produtos e serviços não solicitados, o artigo 39, III e parágrafo único, prevê que serviços assim prestados e produtos remetidos ou entregues ao consumidor sem prévia solicitação são *equiparados às amostras grátis*. Com isso, o legislador impõe uma consequência que torna a prática inócua como mecanismo de constrangimento à aquisição de produtos e serviços não pedidos, conquanto permita que seja usada como estratégia de fidelização mediante a distribuição de brindes. Assim, o desestímulo à conduta é feito não pela imposição de uma sanção repressiva, como uma multa, mas pela criação de um contexto para a tomada de decisão dos fornecedores que desencoraja a medida.

Além dos estímulos comportamentais, o dever de fornecer determinadas informações ou de observar a forma indicada para tanto é considerado mecanismo para incrementar o processo decisório. Segundo Calo, ao determinar a divulgação de informações, o legislador presume que há uma lacuna de conhecimento entre as partes, que o dever de informar permite colmatar, desta forma possibilitando que o agente tome melhores decisões por possuir maior domínio dos fatos pertinentes¹⁵⁷.

Ora, o Código de Defesa do Consumidor é pródigo em impor deveres de informação aos fornecedores de produtos ou serviços, com escopo de municiar os consumidores para que façam melhores escolhas. Um exemplo é o previsto no artigo 52, que impõe deveres de informação específicos no fornecimento de produtos ou serviço com concessão de financiamento ao consumidor (preço, montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros, acréscimos, número e periodicidade das prestações, soma total a pagar, com e sem financiamento)¹⁵⁸.

Veja-se que um aprofundamento dessa exigência de noticiar informações na concessão de crédito para incluir também a comparação com outras modalidades de financiamento já foi empiricamente estudado e demonstrou potencial de reduzir a contratação de produtos mais onerosos por pessoas de baixa renda. Consoante citado no relatório do Banco

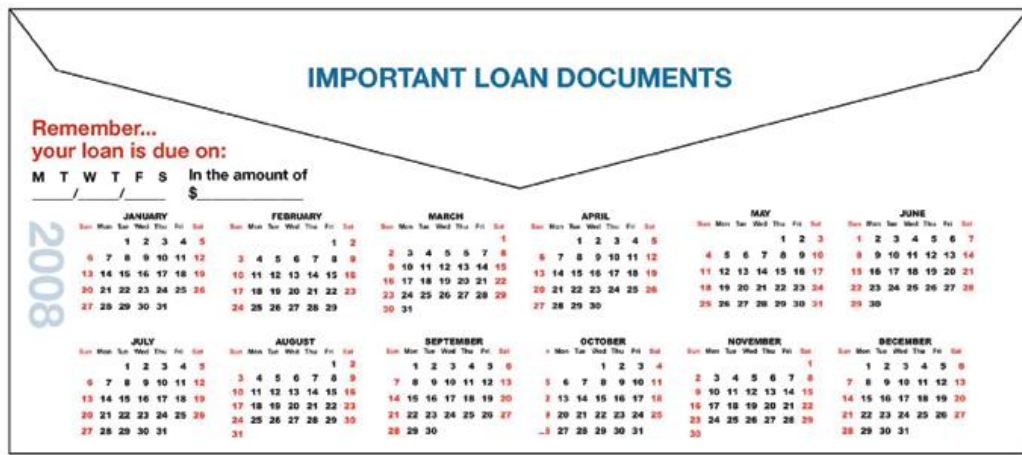
¹⁵⁷ CALO, Ryan. Code, Nudge, or Notice? *Iowa Law Review*, v. 99:773, 2014, p. 787. Disponível em <<https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-99-issue-2/code-nudge-or-notice/>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

¹⁵⁸ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

Mundial (2015), alguns trabalhadores receberam, junto com o pagamento, um envelope com poucas informações sobre a contratação de um “empréstimo de dia do pagamento” (figura 1), enquanto outros receberam dados mais detalhados, inclusive comparando aquela modalidade de empréstimo com outras alternativas (figura 2). No grupo daqueles que receberam o envelope com informações mais detalhadas, houve *queda de 11%* na contratação da modalidade mais onerosa de crédito nos quatro meses seguintes¹⁵⁹.

Figura 1 – Modelo de envelope com poucas informações sobre o empréstimo



Fonte: WORLD BANK, 2015, p. 32-33

Figura 2 – Modelo de envelope com dados detalhados e comparativo de empréstimo

| How much it will cost in fees or interest if you borrow \$300 | | | |
|--|--------------|--|---------------|
| PAYDAY LENDER (assuming two-week fee is \$15 per \$100 loan) | | CREDIT CARD (assuming a 20% APR) | |
| If you repay in: | | If you repay in: | |
| 2 weeks | \$45 | 2 weeks | \$2.50 |
| 1 month | \$90 | 1 month | \$5 |
| 2 months | \$180 | 2 months | \$10 |
| 3 months | \$270 | 3 months | \$15 |

Fonte: WORLD BANK, 2015, p. 32-33

Neste contexto, a utilização de estímulos comportamentais (*nudges*) e imposição de deveres de informação, já adotadas em alguns pontos no Código de Defesa do Consumidor, mostram-se mais adequadas para incorporar ao direito as evidências sobre tomada de decisões

¹⁵⁹ WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015, p. 32-33. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

do que o enfoque unicamente em mecanismos de invalidação, como os requisitos de validade e defeitos dos negócios jurídicos. Afinal, têm o potencial de melhorar a forma como as pessoas decidem, evitando os percalços causados pelo pensar automaticamente, socialmente e conforme modelos mentais.

Isso não implica dizer, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor seja suficiente para tratar adequadamente de todas as descobertas acerca da tomada de decisão na esfera do Direito Privado, até mesmo porque se trata de regulamentação de relações específicas (consumeristas). Não obstante, a comparação entre a normatização posta no Código Civil, centrada no mecanismo binário da validade/invalidade, e a já existente no Código de Defesa do Consumidor, que propõe novos instrumentos, como estímulos comportamentais (*nudges*) e deveres de informação, serve para ilustrar caminhos mais apropriados para trazer ao direito as evidências hauridas das Ciências Cognitivas sobre o processo decisório humano e contribuir para melhorá-lo.

4.3 Neurodireito e regulamentação de negócios jurídicos baseada em evidências

Como mencionado, o direito não cria os fenômenos que disciplina, limitando-se a colhê-los no mundo da vida e atribuir-lhes efeitos jurídicos. Neste processo de incorporação dos fatos ao ordenamento jurídico, há uma conformação das manifestações para que se compatibilizem com as categorias, lógica e estrutura do direito.

Neste capítulo, perquiriu-se como o processo cognitivo que resulta na escolha de comportamentos humanos, denominado *tomada de decisão*, é conformado pelo Direito Privado brasileiro, em especial no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor.

A comparação entre os dispositivos de referidos diplomas legais sugere que, no Código Civil, embora o legislador não tenha expressamente adotado a teoria da racionalidade do sujeito de direitos, presume que o agente capaz, desde que ausente controle advindo de causas externas, está apto a adquirir toda a informação necessária, sopesar todos os dados coligidos e então tomar a decisão mais consentânea com seus interesses. Assim, apenas em casos excepcionais, em que estas condições estão ausentes, incide a sanção de invalidade para impedir a produção de efeitos jurídicos pelo negócio jurídico formado em contrariedade às normas¹⁶⁰.

¹⁶⁰ EISENBERG, Melvin Aron. The Limits of Cognition and the Limits of Contract. *Stanford Law Review*, v. 47:211, jan. 1995, p. 211-214.

A impressão que se tem é que referido diploma legal foi erigido a partir de um *modelo normativo* da tomada de decisão, que confia na capacidade dos indivíduos de deliberar de forma a maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, considerando toda a gama de informações disponíveis. Mas, como visto, as novas evidências das Ciências Cognitivas sobre processos decisórios revelam que muitas vezes as decisões não são tomadas nestas condições, pois usualmente as pessoas fazem uso de tendências e atalhos cognitivos que afastam a deliberação deste ideal normativo¹⁶¹.

Já o Código de Defesa do Consumidor, que se volta para a regulamentação de contratos de massa, afasta-se deste padrão ideal de autossuficiência e racionalidade e expressamente reconhece a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, sua intrínseca fragilidade em determinados contextos. Ao abandonar a crença na aptidão do consumidor para a tomada de decisões racionais, o arcabouço jurídico consumerista não se contenta em impedir a produção de efeitos jurídicos em casos de inobservância das normas, pois também adota mecanismos voltados a melhorar o processo decisório.

É importante ressaltar que não se vislumbra nenhum indicativo de que o Código de Defesa do Consumidor tenha sido elaborado com base nas evidências das Ciências Cognitivas sobre processos decisórios. O que se constata é que as normas consumeristas utilizam um repertório mais amplo de mecanismos, que visam não apenas sancionar e coibir certas condutas por meio da lógica binária da validade-invalidade, mas promover determinados comportamentos e melhorar a tomada de decisão no ambiente de consumo. A Lei nº 8.078/1990, em comparação com o Código Civil, serve de exemplo de que é possível incorporar ao Direito Privado instrumentos tendentes a incrementar os processos decisórios humanos.

Mas o Código consumerista não representa a adequada incorporação dos novos achados das Ciências Cognitivas sobre tomada de decisão, apenas aponta para a direção correta. Ou seja, indica que é possível formatar normas jurídicas voltadas não apenas para sancionar repressivamente determinadas condutas, mas também para melhorar os processos de tomada de decisões jurídicas.

Para além dos instrumentos já conhecidos, como a imposição de deveres de informação e o instituto das cláusulas abusivas, a grande e promissora novidade para agregar as descobertas sobre tomada de decisão são os mecanismos de arquitetura da decisão e

¹⁶¹ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 651. Disponível em :<<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

estímulos comportamentais, também conhecidos como *nudges* (cutucões). Contrapondo a técnica a normas proibitivas e mandamentais, Sunstein afirma que o *nudge* é uma abordagem que preserva a liberdade, pois dirige o comportamento das pessoas em determinado sentido, ao mesmo tempo que permite que optem por outro caminho¹⁶².

Outras características do mecanismo – assim como concebido por Thaler e Sunstein e utilizado neste trabalho – são a transparência e efetividade da intervenção. Uma medida implementada de forma maliciosa e escamoteada não pode ser considerada um *nudge* na concepção aqui adotada. O uso da técnica deve ser publicizado, inclusive para que possa ser objeto de escrutínio e verificação de sua efetividade. Afinal, um *nudge* só se justifica se lograr êxito em direcionar o comportamento em determinado sentido, o que deve ser passível de aferição de alguma forma. Isto é, a adoção de um *nudge* não pode representar mero formalismo despido de aptidão para mudar condutas humanas na direção desejada¹⁶³.

Por isso, a técnica deve ser baseada em evidências passíveis de teste e controle de efetividade. A incorporação de um *nudge* ocorre em um contexto em que já há determinada configuração social que influencia a tomada de decisão e a remodelação visa redirecionar a escolha para outro sentido, considerado mais consentâneo com os interesses do agente. Para que se possa formatar este novo cenário decisório – ou, na terminologia de Thaler e Sunstein, a arquitetura da decisão –, é mister conhecer as tendências de pensamento e vieses cognitivos mais relevantes e passíveis de ocorrência naquele contexto e trabalhar com técnicas aptas a contornar tais tendências ou fazer uso adequado delas. Além disso, a intervenção pretendida deve ser testada na prática e seus resultados verificados para aferir sua efetividade¹⁶⁴.

Para todas as políticas públicas, incluindo *nudges*, é muito importante se basear em evidências em vez de em intuições, anedotas, pensamento positivo ou dogmas. Os

¹⁶² No original: “*Still other policies take the form of nudges – liberty-preserving approaches that steer people in particular directions, but that also allow them to go their own way*” (SUNSTEIN, Cass R. *Nudging: A Very Short Guide*. 37 **J. Consumer Pol’y** 583, Harvard Law School; p. 1, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2499658>>. Acesso em: 10 dez. 2019).

¹⁶³ SUNSTEIN, Cass R. *Nudging: A Very Short Guide*. 37 **J. Consumer Pol’y** 583, Harvard Law School; p. 2, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2499658>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

¹⁶⁴ No original: “*For all policies, including nudges, it is exceedingly important to rely on evidence rather than intuitions, anecdotes, wishful thinking, or dogmas. The most effective nudges tend to draw on the most valuable work in behavioral science (including behavioral economics), and hence reflect a realistic understanding of how people will respond to government initiatives. But some policies, including some nudges, seem promising in the abstract, but turn out to fail in practice. Empirical tests, including randomized controlled trials, are indispensable. Bad surprises certainly are possible, including unintended adverse consequences, and sensible policymakers must try to anticipate such surprises in advance (and to fix them if they arise). Sometimes empirical tests reveal that the planned reform will indeed work – but that some variation on it, or some alternative, will work even better*”. (SUNSTEIN, Cass R. *Nudging: A Very Short Guide*. 37 **J. Consumer Pol’y** 583, Harvard Law School; p. 2, 23 set. 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2499658>>. Acesso em: 10 dez. 2019).

nudges mais efetivos tendem a ser desenhados a partir dos mais valiosos trabalhos de ciência comportamental (inclusive economia comportamental), e portanto refletem um entendimento realístico de como as pessoas responderão às iniciativas governamentais. Mas algumas políticas, incluindo alguns *nudges*, parecem promissores em abstrato, mas acabam falhando na prática. Testes empíricos, incluindo ensaios aleatórios controlados, são indispensáveis. Surpresas ruins certamente são possíveis, incluindo consequências adversas não intencionais, e formuladores de políticas sensatos devem tentar prever com antecedência tais surpresas (e consertá-las se surgirem). Algumas vezes testes empíricos revelam que uma reforma planejada de fato funcionará – mas que determinada variação, ou alguma alternativa, funcionará ainda melhor.

Neste ponto, as técnicas de estímulo comportamental alinham-se à tendência mais ampla de elaboração de políticas públicas baseadas em evidências, que advoga o uso de conhecimentos com bases científicas para a formulação, implementação e avaliação de normas, de modo que sejam efetivas no alcance dos objetivos pretendidos¹⁶⁵.

Um fator favorável à adoção de técnicas de indução comportamental no direito é que se trata de uma tendência mundial e, por isso, há vários estudos produzidos neste sentido em todo o mundo, como os já citados trabalhos de Thaler e Sunstein. Horta lembra que:

É o que já vem ocorrendo em vários países. Alemanha, Austrália, Canadá, Cingapura, Coreia do Sul, Dinamarca, Israel, México e Países Baixos já se valeram de elementos da psicologia para a formulação de políticas ambientais, de reforma financeira, de energia, enfrentamento à corrupção e proteção do consumidor (SUNSTEIN, 2016). Um relatório da Comissão Europeia revisou iniciativas inspiradas pelas ciências comportamentais em 32 países, da Itália à Bulgária, da França à Suécia, destacando como áreas de política pública em que mais frequentemente ocorriam a proteção do consumidor, a preservação do meio ambiente, saúde e tributação (EUROPEAN COMMISSION, 2016). A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico também publicou recentemente levantamento com 129 iniciativas governamentais baseadas em insights comportamentais, adotadas em países de todos os continentes, em diversas áreas de política pública (OCDE, 2017)¹⁶⁶.

Assim, a incorporação de mecanismo de estímulo comportamental para direcionar condutas em certo sentido pode se valer de estudos já elaborados em outros países, que relatam a adoção do *nudge* e quais os resultados atingidos. Pode ainda desenvolver instrumento de indução comportamental específico para a situação, a partir das técnicas mais comuns, dentre

¹⁶⁵ CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; OLIVEIRA, André Matos de Almeida; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 437. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

No Brasil, o melhor exemplo desta tendência é o procedimento para incorporação de novas tecnologias ao Sistema Único de Saúde, que expressamente prevê que serão levadas em consideração as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo (artigo 19-Q, §2º, I, da Lei nº 8.080/1990, incluído pela Lei nº 12.401/2011).

¹⁶⁶ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. In **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 655. Disponível em :<<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 de dez. 2019.

as quais: 1) regras padrão (*default*), em que já está predefinida uma opção, que pode ser alterada mediante escolha ativa do interessado; 2) simplificação, inclusive como forma de melhorar a efetividade de normas já existentes; 3) uso de normas sociais, em especial a divulgação de informações sobre o comportamento dos demais integrantes da comunidade naquele contexto; 4) aumento da facilidade e conveniência de determinada escolha; 5) divulgação de informações; 6) avisos, inclusive visuais; 7) estratégias de pré-compromisso para atingir objetivos futuros; 8) lembretes; 9) divulgação da natureza e consequências de escolhas passadas¹⁶⁷.

Algumas destas técnicas, como a divulgação de informações, buscam acionar o Sistema 2, para que a decisão seja refletida e não automática. Já outras visam ativar o Sistema 1 ou se aproveitar de seu modo de funcionamento, em que as regras padrão são muito efetivas em razão da inércia (tendência também conhecida como viés do *status quo*¹⁶⁸).

Outra vantagem dos estímulos comportamentais em relação aos institutos que se apoiam na sanção de invalidade é que, como não criam direitos e deveres, já que sempre preservam a liberdade do indivíduo, não exigem lei *stricto sensu*, ou seja, podem ser adotados via normas infralegais, em especial por órgãos administrativos competentes para a regulamentação de determinados setores, como os órgãos de defesa do consumidor (artigo 55 do Código de Defesa do Consumidor), o Banco Central do Brasil (artigo 9º da Lei nº 4.594/1964), o Conselho Monetário Nacional (artigo 4º, VI e VIII, da Lei nº 4.594/1964), a Agência Nacional de Telecomunicações (artigo 19 da Lei nº 9.472/1997), a Agência Nacional de Energia Elétrica (artigo 3º, XIX, da Lei nº 9.427/1996), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (artigo 9º, §2º; artigo 17-A, §6º; artigo 29-A da Lei nº 9.656/1998), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (artigo 20, II; artigo 24, IV, da Lei nº 10.233/2001), a Superintendência de Seguros Privados (artigo 36, 'b', do Decreto-lei nº 73/1966), dentre outros.

Na esteira do que se está propondo, poderiam ser sugeridos alguns *nudges* para a seara do Direito Privado no Brasil, a partir das técnicas mais comuns citadas acima. Por exemplo, trabalhando com a estratégia de regras padrão, vislumbra-se a possibilidade de

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Nudging: A Very Short Guide. **37 J. Consumer Pol'y** **583**, Harvard Law School; p. 3-7, 23 set. 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2499658>>. Acesso em: 10 dez. 2019. Sunstein menciona que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE publicou uma “Caixa de ferramentas para políticas consumeristas” (*Consumer Policy Toolkit*) que recomenda várias iniciativas baseadas em achados comportamentais (*Organisation for Economic Co-Operation and Development, Consumer Policy Toolkit*) (vide <<https://www.oecd.org/sti/consumer/consumer-policy-toolkit-9789264079663-en.htm>>. Acesso em 02. jan. 2020).

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 29-30.

indução de comportamento para reduzir a utilização inadequada da modalidade de crédito rotativo conhecida como cheque especial.

Segundo o Banco Central do Brasil:

[...] o cheque especial destaca-se não apenas por ser um produto com taxas de juros elevadas (média de 312,6% a.a. nas operações concedidas em dezembro de 2018), mas também pelo fato de sua oferta ocorrer de forma praticamente automática nos casos de limite de crédito pré-aprovado. Essas características proporcionam ao usuário maior facilidade, agilidade e conveniência de acesso, ao contrário de outras modalidades de crédito, tais como empréstimos e financiamentos, em que o processo de análise de risco e aprovação geralmente demanda maior tempo. Por outro lado, surge a dúvida se os usuários realmente internalizam, em suas decisões de tomada de crédito, os custos envolvidos nessa conveniência de acesso ao crédito por meio do cheque especial¹⁶⁹.

Ainda conforme o estudo do Banco Central do Brasil, a inadimplência do cheque especial é mais alta quando comparada a outras modalidades de crédito (15,36% contra 3,25%). Em dezembro de 2018, o saldo total do cheque especial totalizou R\$ 21,98 bilhões e, apesar do elevado risco, proporciona expressivas margens de juros líquidas para as instituições financeiras. Além disso, o estudo mostrou o uso inadequado da modalidade, que deveria ser utilizada para cobrir gastos emergenciais, mas que, em 2018, foi acionada *todos os meses* por 19,5% dos usuários e em mais de seis meses por mais de 50% deles¹⁷⁰.

Neste cenário, o *nudge* consistiria em determinar às instituições financeiras que alterem a regra padrão hoje existente, em que o limite de crédito é pré-aprovado, exigindo que, para a contratação da modalidade, o cliente tenha que comparecer à agência bancária *todas* as vezes em que desejar a adesão, local onde deverá ser esclarecido sobre a melhor modalidade de crédito para seu perfil e necessidade. Ou seja, em vez de o cliente ter que optar por não utilizar o cheque especial, que via de regra já está disponível na conta bancária, dificulta-se o contexto para a contratação da modalidade de crédito em questão. É claro que a utilização do mecanismo deveria ser estudada previamente, de preferência com a realização de testes empíricos aleatórios e sua efetividade deveria ser acompanhada pelo Banco Central do Brasil¹⁷¹.

¹⁶⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estudos Especiais do Banco Central**. Utilização do cheque especial: perfil dos usuários, p. 1. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE044_Utilizacao_do_cheque_especial_perfil_dos_usuarios.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹⁷⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estudos Especiais do Banco Central**. Utilização do cheque especial: perfil dos usuários, p. 4-6. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE044_Utilizacao_do_cheque_especial_perfil_dos_usuarios.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹⁷¹ Numa tentativa de corrigir as distorções verificadas no uso do cheque especial, recentemente o Banco Central do Brasil editou a Resolução nº 4.765, de 27/11/2019, que prevê a cobrança de tarifa pela disponibilização de crédito superior a R\$ 500,00, bem como limitou os juros cobrados a 8% ao mês. Apesar de a medida ter

Outro *nudge*, que trabalha com as técnicas de simplificação e divulgação de informações, pode ser colhido da multicitada obra de Thaler e Sunstein, e refere-se à contratação de planos para uso de celular. O exemplo dos autores baseia-se na técnica apelidada *RECAP* (*Record, Evaluate, Compare Alternative Prices*), que, em português, poderia ser traduzida para *RACPA* (Registrar, Avaliar, Comparar Preços Alternativos). O objetivo da medida é informar aos consumidores quais as tarifas estão pagando na conta de celular, mas de forma a permitir a comparação destas informações com os planos oferecidos por outras operadoras do serviço.

Para tanto, Thaler e Sunstein sugerem que, anualmente, as operadoras enviariam aos consumidores uma lista completa com todos os tipos de uso da linha telefônica celular no período e todas as tarifas cobradas, na forma de um relatório eletrônico planilhado, com todas as fórmulas relevantes. Esse documento eletrônico poderia ser usado para fazer a comparação dos custos dos serviços utilizados pelo consumidor ao longo do ano com os planos ofertados por outras operadoras, semelhante ao que é feito, por exemplo, em *sites* que comparam preços de passagens aéreas ou diárias de hotéis. A partir destes dados, o consumidor poderia fazer uma escolha mais bem informada sobre suas reais necessidades e planos de uso de celular mais adequados a seu perfil¹⁷².

Pode-se pensar ainda na utilização de normas sociais, em especial a divulgação de informações sobre o comportamento dos demais integrantes da comunidade no contexto, para melhoria do estímulo já realizado pelo Ministério da Saúde para redução do tabagismo. Além das informações e alertas gráficos sobre os malefícios do tabaco, poderiam ser divulgados, nas embalagens de fumígenos, dados sobre a conduta de outros fumantes e da comunidade perante o cigarro. Por exemplo, poderia ser veiculada a porcentagem de pessoas que abandonaram o hábito no último ano no país ou, numa versão voltada para um público mais específico, a porcentagem de adolescentes que acha o hábito do fumante desagradável.

Na mesma linha, vislumbra-se a possibilidade de campanhas voltadas ao consumo

dificultado o acesso à modalidade de crédito, é preciso acompanhar sua implementação, para verificar se a cobrança adicional efetivamente diminuirá o uso do cheque especial ou apenas implicará custo extra ao consumidor que o utiliza.

Medida semelhante à sugerida no texto foi instituída em 2010 nos Estados Unidos da América pelo *Federal Reserve Board* (*Federal Reserve Board Requirements for Overdraft Services, 12 C.F.R §205.17*). Vide SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 6.

¹⁷² THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 22-25 (Choice Architecture).

consciente, por exemplo, com a divulgação de dados sobre a porcentagem de pessoas (ou de grupos específicos, por exemplo, empresários) que optaram por usar serviços de transporte em vez de adquirir veículo próprio, em razão das vicissitudes deste (estresse do trânsito, dificuldade de estacionamento, custos com acidentes e manutenção do automóvel).

Também na esteira do estímulo ao consumo consciente, pode-se pensar em campanhas publicitárias que destaquem pessoas que adotam como critério para aquisição de vestuário a certificação de origem respeitosa ao meio ambiente e isenta de mão de obra análoga à escravidão.

A viabilidade de adoção destas sugestões de estímulos comportamentais deveria ser cuidadosamente estudada, se possível com a realização de testes empíricos aleatórios. Além disso, eventual implantação das medidas deve ter seus resultados aferidos periodicamente e tais dados devem ser utilizados para aperfeiçoar o *nudge*, ou mesmo para descartar a medida, caso se mostre ineficiente para os fins pretendidos. Pois, como já destacado, o instrumento de indução comportamental não deve ser implementado nem mantido se demonstrado que é expletivo, pois o objetivo não é aumentar a burocracia nem criar formalidades inúteis, mas dirigir certas condutas em direções reputadas mais desejáveis.

Por outro lado, o acompanhamento periódico do impacto do estímulo comportamental evita que medidas potencialmente efetivas sejam prematuramente descartadas, como parece ter acontecido com o incentivo à doação de órgãos pela anuência presumida instituída pela Lei nº 9.434, de 04/02/1997. Como lembra Horta:

No Brasil, houve caso semelhante de forte reação popular à adoção de um “modo default”. Trata-se da fracassada tentativa de doação presumida de órgãos por registro na carteira de identidade, citada no início deste artigo. Nesse caso em particular, o insucesso da implementação do “nudge” deveu-se também a um componente de forte ressonância religiosa, bem como a complexas discussões de ética médica, mas, como no caso dos recipientes de refrigerante, a principal objeção que se colocava referia-se à questão da liberdade de escolha individual¹⁷³.

¹⁷³ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. In **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 658, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

A redação original do artigo 4º da Lei nº 9.434/1997 previa, como regra padrão, o consentimento presumido à doação de órgãos em caso de morte encefálica, salvo se a pessoa tivesse registrado em vida, em documento de identidade, a condição de não doadora. Pouco mais de um ano depois da edição da lei, a Medida provisória nº 1.718, de 06/10/1998, alterou drasticamente a redação para atribuir aos parentes a decisão sobre a doação de órgãos, caso não houvesse manifestação no documento de identidade, transformando o regime de consentimento presumido à doação para o de doação consentida por terceiros. Conquanto a efetividade do regime de anuência presumida à doação já tenha sido empiricamente demonstrada em outros países – segundo Thaler e Sunstein, mantidas constantes as demais variáveis que influenciam a doação de órgãos, o aumento seria cerca de 16% (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 7-8, *How to Increase Organ Donations*) –, a Exposição de Motivos que acompanhou a alteração não traz nenhum dado sobre o impacto da medida sobre

Enfim, os mecanismos de indução de comportamento apresentam-se como um promissor caminho para que também o Direito Privado possa se beneficiar dos novos achados sobre processos decisórios humanos. Decerto não se trata de panaceia para incorporar todas as evidências nem se vislumbra a iminência de uma “revolução” na seara dos negócios jurídicos. Tanto que, apesar de festejado por muitos, os estímulos comportamentais sofrem críticas no que se refere a sua legitimidade, pois são vistos por alguns como uma influência indevida na esfera de liberdade do indivíduo, configurando paternalismo incompatível com a autonomia.

A estas objeções, Sunstein lembra que alguma arquitetura da decisão, ou seja, um contexto no qual a escolha é feita, é inafastável. Ambientes de trabalho são organizados para estimular determinadas condutas consideradas desejáveis para a produtividade, já lojas de departamento dispõem seus produtos de forma a incitar o consumo, enquanto lojas de artigos de luxo são planejadas e decoradas para sugerir gosto refinado e exclusividade¹⁷⁴.

No cenário dos contratos de massa, esta arquitetura da decisão – que inevitavelmente estimula determinados comportamentos – fica totalmente a cargo dos proponentes, que formatam não apenas o ambiente físico em que é realizado o ato de consumo, mas o próprio objeto e forma dos contratos. E o instituto das cláusulas abusivas tem por escopo apenas afastar os casos mais evidentes de desvantagem ao consumidor, destarte possibilitando o uso de vários estímulos comportamentais que não se mostrem prejudiciais ao aderente, conquanto beneficiem o proponente¹⁷⁵.

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

Os defensores do paternalismo libertário propõem vários argumentos contra essas objeções. O primeiro deles, o de que sempre haverá uma “arquitetura de escolhas” em jogo (ALEMANNO; SIBONY, 2015, p. 328) – logo, se se trata apenas de eleger

o número de transplantes nem sobre o quantitativo de pessoas, apenas ilações genéricas sobre a dificuldade na implementação da norma (vide Exposição de Motivos Interministerial nº 90/MS/MJ, de 06/10/1998. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3527?sequencia=161>>. Acesso em: 12 dez. 2019).

¹⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 22.

¹⁷⁵ “Segundo Bricks, todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu *fin*, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e o seu efeito, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor” (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1046).

aquela que cause mais benefícios coletivos, ela está plenamente justificada. Todo formulário, toda organização do espaço, toda forma de perguntar, tem uma arquitetura que estimula algum tipo de comportamento – não existe arquitetura neutra. Ora, se de todas as possibilidades existentes, a que o arquiteto decide implementar é aquela que promove comportamentos mais prudentes, econômicos e saudáveis para o consumidor ou cidadão, é difícil se posicionar contrariamente a ela (SUNSTEIN, 2014, p. 118-122)¹⁷⁶.

Além disso, diversamente de normas proibitivas e mandamentais, estímulos comportamentais não são obrigatórios, ou seja, sempre permitem a escolha de conduta alternativa sem nenhuma sanção nem grande ônus para a pessoa (do contrário, não se trata de *nudge*, da forma como utilizamos o termo neste trabalho). Destarte, não há que se falar em interferência indevida na esfera de liberdade, pois há apenas o *incentivo* e não a imposição de determinado modo de agir, permanecendo as demais opções como possibilidades a serem eleitas pelo indivíduo.

Ademais, como lembra Horta, “*não é verdade que as pessoas escolham tudo o tempo todo – na maior parte do nosso tempo, nossa liberdade de ação já é limitada por escolhas feitas por outras pessoas, por organizações públicas ou privadas, por práticas sociais consolidadas*”¹⁷⁷.

Outrossim, o *nudge* está sujeito a controle social, pois sua adoção deve ser transparente e arcar com o ônus de justificação da medida, tanto no início quanto ao longo do tempo, em que deve ser empiricamente demonstrada a efetividade da técnica para alcançar os resultados pretendidos. Consoante já repisado, a indução comportamental não pode ser mero capricho nem deve ser mantida caso se mostre despicienda.

No que tange à justificação da medida, é mister diferenciar o uso da técnica para estimular determinados *meios* para alcançar objetivos selecionados pelo indivíduo da utilização que visa direcionar a busca por *fins* considerados desejáveis. Com esta distinção, adentra-se um importante debate ético, cuja dimensão foge aos limites deste trabalho e, por isso, será abordado de forma muito breve.

Quando os resultados incentivados são considerados de interesse social, envolvendo o bem-estar de terceiros, facilita-se a justificação da medida. Contudo, quando

¹⁷⁶ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. In **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 659, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹⁷⁷ HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 659. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

apenas a condição do próprio indivíduo está em jogo, abre-se a discussão sobre se é aceitável a atuação paternalista do Estado e em qual medida¹⁷⁸.

Thaler e Sunstein afirmam que, nestes casos, o objetivo do estímulo é “*influenciar de modo a fazer com que os indivíduos fiquem em uma situação melhor, segundo julgado por eles mesmos*”¹⁷⁹. Ao adotar esta máxima como padrão de julgamento para a legitimidade do estímulo comportamental, os autores posicionam-se contrariamente à utilização da técnica como forma de ditar um modelo de vida reputado (por alguns) *objetivamente bom*. Sunstein frisa que o mecanismo deve ser usado para melhorar o processo decisório para que o indivíduo alcance *seus próprios objetivos* e não para impor determinado modo de vida, ainda que baseado na busca de um modelo “perfeccionista”¹⁸⁰.

Assim, com escopo de incrementar a tomada de decisões, Sunstein elenca como primordial assegurar que as escolhas sejam adequadamente informadas, devendo ser arquitetados estímulos aptos a apresentar os dados necessários sob o enquadramento (*framing*) apropriado. Não obstante sua preferência por *nudges* educativos, o autor também advoga a utilização de incentivos aptos a influenciar o processo decisório, mas que não envolvem o repasse de mais dados ou conhecimento, como o uso das regras padrão (*default*). Segundo Sunstein, em alguns casos as regras padrão são preferíveis porque são mais efetivas, não impõem um ônus maior para os indivíduos, em especial em áreas em que aumentar seu conhecimento não é particularmente importante¹⁸¹.

¹⁷⁸ Paternalismo não é expressão unívoca e, para os fins deste trabalho, deve ser entendido como a influência na tomada de decisão do indivíduo com escopo de beneficiá-lo e evitar que cause danos a si mesmo (DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1988, p. 123).

¹⁷⁹ No original: “In our understanding, a policy is ‘paternalistic’ if it tries to influence choices in a way that will make choosers better off, *as judged by themselves*”. (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 8, Introduction).

¹⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 50-52.

¹⁸¹ “Induções educativas, ou ‘estímulos’, buscam informar as pessoas, ou aumentar sua competência, para que elas possam fazer melhores escolhas por si mesmas. Tais estímulos podem ser desenhados para superar ou corrigir vieses comportamentais promovendo aprendizagem – ou mais modestamente, criando arquitetura de escolha em que alguns vieses não se manifestarão. Outros estímulos são destinados a ajudar pessoas sem incrementar seu conhecimento ou compreensão: regras padrão têm esta característica. [...] Por todas estas razões, estímulos educativos devem ser preferidos. Mas em alguns casos, regras padrão são melhores porque não impõem demandas significativas nos seletores, porque são mais efetivas, e porque a área é uma em que a educação não é particularmente importante”.

No original:

“Educative nudges, or ‘boosts’, attempt to inform people, or to build their competence, so that they can make better choices for themselves. Such nudges might be designed to overcome or correct behavioral biases by promoting learning – or more modestly, by creating a choice architecture in which those biases will not manifest themselves. Other nudges are meant to help people without increasing their knowledge or understanding: default rules have this characteristic. [...] For all these reasons, educative nudges might be preferred. But in

Enfim, a utilização de estímulos comportamentais não pode descurar destes aspectos éticos. A legitimidade da indução de comportamentos deve ser julgada pela aptidão em aproximar o indivíduo de seus próprios objetivos, com preferência para mecanismos que proporcionem escolhas ativas e bem informadas, recaindo um ônus de justificação maior sobre técnicas não informativas.

Por fim, é preciso destacar a dificuldade vislumbrada por Horta em mudar a própria noção de racionalidade que permeia a visão que as pessoas têm de si mesmas:

Em segundo lugar, há o desafio de deixar de lado certa concepção racionalista do comportamento humano. O que a psicologia vem mostrando, nas últimas décadas, é que os modelos econômicos até então utilizados não têm bases empíricas. Não é verdade que os indivíduos conheçam suas preferências e, dadas as corretas informações, consigam maximizá-las. Abandonar essa noção, porém, é algo que lida profundamente com nossa autoimagem como adultos livres e conscientes¹⁸².

De fato, a atualização do conceito de razão humana diante dos novos achados das Ciências Cognitivas sobre tomada de decisões é um dos próximos desafios do Direito, inclusive do Direito Privado. É mais uma etapa no processo histórico de “*melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática*”, conforme a bela síntese de Villela¹⁸³. Mas de incorporação da pessoa como realmente é e opera no mundo, e não como um modelo ideal, que não é encontrado em tabernas, *shopping centers* nem redes sociais.

Empreitada semelhante está em curso para a concepção de *autonomia*, que saiu de um conceito idealizado, que via o indivíduo como ser autossuficiente e apto a se livrar de todas as influências sociais, para remodelar-se na forma de *autonomia relacional*, que é construída pela pessoa através do diálogo e na interdependência com os demais integrantes e grupos da sociedade. Assim como o direito está se adaptando à nova noção de autonomia, espera-se que possa visitar também a concepção de racionalidade para se beneficiar das descobertas sobre processos decisórios. Fazendo coro às conclusões de Fernandez e Fernandez:

Afinal, estabelecer princípios e preceitos normativos que não têm nada a ver com a natureza humana é o mesmo que condená-los ao fracasso. [...] [E]stamos firmemente convencidos de que a legitimidade das normas jurídicas depende fundamentalmente da forma como sejam capazes de plasmar as regras de condutas sociais, com as quais uma alta percentagem de pessoas concorda, de refletir as inclinações comportamentais

some cases, default rules are better because they do not impose significant demands on choosers, because they are more effective, and because the area is one for which education is not particularly important” (SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 32-34).

¹⁸² HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017, p. 661. Disponível em :<<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

¹⁸³ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, a. 74, v. 261, n. 895, p. 33.

e oferecer benefícios potenciais e eficientes àqueles que as seguem [...] ¹⁸⁴.

Acredita-se que a compatibilização do Direito Privado com a concepção de racionalidade limitada que vem sendo construída pelas Ciências Cognitivas poderá ser feita com as contribuições da disciplina transversal do Neurodireito. Utilizando os conhecimentos mais recentes sobre julgamento e tomada de decisão, poderão ser construídas hipóteses mais realistas sobre o comportamento humano e sugeridos desenhos normativos mais adequados ao que efetivamente ocorre. Segundo Costa:

Aliás, nossa compreensão limitada dos raciocínios heurísticos sugere que os legisladores, com a ajuda de acadêmicos interessados em política jurídica, devem – sempre que possível – elaborar estudos experimentais e quase-experimentais dos comportamentos juridicamente relevantes, podendo o resultado desses estudos servir de base a recomendações políticas. Enfim, se os legisladores pretendem projetar normas e instituições efetivas, devem tomar em consideração a racionalidade limitada que rege a realidade psicológica de tomada de decisão humana. Sob o ponto de vista *pragmático*, é preciso lembrar que o Direito é *sistema de comportamentos*; logo, necessita de um modelo comportamental que lhe esteja à base. Afinal, como diz Jeffrey J. Rachlinski, sem uma teoria de como as pessoas vão reagir à lei em todas as suas formas, todo o empreendimento não é mais do que um jogo de blefe de homem cego (*[...] without a theory of how people will react to law, in all its forms, the whole enterprise is nothing more than a game of blind man's bluff*) ¹⁸⁵.

Assim, o Neurodireito permitirá desenvolver uma regulamentação para os negócios jurídicos, principalmente para os contratos de adesão, informada pelos modelos descritivos dos processos cognitivos e decisórios, bem como possibilitará acompanhar o impacto no comportamento que o desenho normativo escolhido terá.

¹⁸⁴ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, Direito e Neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008 p. 139-140.

¹⁸⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 82.

5 CONCLUSÃO

Iniciou-se a jornada aqui empreendida buscando demonstrar que ainda predomina no Direito Privado a noção de que o ser humano age conforme um padrão de racionalidade abstrata e é dotado de capacidades decisórias genéricas que proporcionam deliberações adequadas a seus interesses em todos os contextos.

Contudo, estudos realizados em várias áreas das Ciências Cognitivas vêm revelando que, sistematicamente, a tomada de decisões humanas desvia-se deste modelo racional, para adotar outros mecanismos, como processos associativos, heurísticas, atalhos e modelos mentais. De acordo com Fernandez e Fernandez:

Segundo a psicologia cognitiva evolucionista de Herbert Simon, Amos Tversky, Daniel Kahneman, Gerd Gigerenzer e Paul Slovic, o pensamento e a tomada de decisões nos humanos são adaptações biológicas, e não mecanismos de pura racionalidade. Esses sistemas mentais funcionam com quantidades limitadas de informação, têm de chegar às decisões em um período de tempo finito e, em última análise, servem a objetivos evolucionários como *status* e segurança.

Em resumo, dentro deste conceito de racionalidade limitada, o que se pretende é dar espaço a essa outra realidade, na qual os indivíduos, ao tomar decisões, não mostrem uma completa racionalidade, tal como era até então concebida pelos economistas, senão que seja admitido haver comportamentos “irracionais”¹⁸⁶.

Neste pano de fundo, foi analisado como o processo cognitivo que resulta na escolha de comportamentos humanos, denominado *tomada de decisão*, é conformado pelo Direito Privado brasileiro, em especial no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor. No Código Civil de 2002, a análise centrou-se nos requisitos de validade e defeitos dos negócios jurídicos, ambos mecanismos que atuam com a lógica binária de validade-inevalidade, impedindo que o negócio formado em contrariedade às normas produza efeitos jurídicos regulares.

O exame do Código Civil de 2002 sugere que não houve preocupação com as novas evidências sobre processos decisórios, pois o que se percebe é a adoção de um padrão de racionalidade na figura do *agente capaz*. A impressão que se tem é que o legislador presumiu que, desde que ausente controle advindo de causas externas, via de regra o indivíduo está apto a adquirir toda a informação necessária, sopesar todos os dados coligidos e então tomar a decisão mais consentânea com seus interesses. Apenas em casos excepcionais, em que estas condições estão ausentes, incide a sanção de invalidade para impedir a produção de efeitos

¹⁸⁶ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, Direito e Neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 164.

típicos pelo negócio jurídico formado em contrariedade às normas.

Foram analisadas ainda duas novas propostas aptas a trazer uma resposta do direito a algumas das descobertas sobre tomada de decisões, em especial a incidência de vieses cognitivos. Neste sentido, foi abordada a sugestão de inclusão legislativa do instituto da incapacidade incidental, inspirada nos direitos italiano e português, que viabilizaria a invalidação de negócios jurídicos praticados sem o *necessário discernimento*. Conquanto a proposta tenha sido pensada para proteção das pessoas com deficiência redutora do discernimento, como não há vinculação estrita entre causa e efeito, a incapacidade incidental poderia servir para invalidar o negócio praticado com discernimento reduzido por qualquer motivo, inclusive a incidência de vieses cognitivos.

Outrossim, foi comentada a proposição de releitura do erro como defeito dos negócios jurídicos, para considerá-lo a divergência entre a decisão tomada e aquela de um negociante padrão, dotado de racionalidade abstrata, e não a dissonância entre a realidade e a representação dos fatos que embasou a declaração de vontade. Também aqui a ideia original é a tutela das pessoas com deficiência, mas vislumbra-se a possibilidade de que a figura ressignificada do erro seja utilizada para invalidar negócios praticados em razão da incidência de vieses cognitivos que, assim como a deficiência que reduz o discernimento, afasta a conduta do indivíduo de um padrão de racionalidade.

Contudo, ambas as ideias – incapacidade incidental e releitura do erro – apoiam-se na lógica binária da invalidade-validade e, por isso, apenas impedem a produção dos efeitos jurídicos pretendidos em casos específicos. Mas a mera previsão de invalidade não obsta os percalços recorrentes na tomada de decisão nem contribui para melhorar a forma como as pessoas decidem. Funcionariam, assim, tão só como mecanismos de *desenviesamento corretivo*, que não impedem a deliberação enviesada, mas bloqueiam a produção dos efeitos jurídicos típicos.

Ademais, a sanção de invalidade acarreta insegurança jurídica e pode frustrar as legítimas expectativas criadas na contraparte. Por isso, seu uso não pode ser banalizado para abarcar veleidades, devendo ser reservada para casos extremos, em que evidenciado que a decisão destoa sobremaneira de um padrão de racionalidade.

Já na regulamentação de negócios jurídicos no Código de Defesa do Consumidor, observa-se maior preocupação com a tomada de decisões no ambiente de consumo. Ao invés de presumir que as pessoas são dotadas de racionalidade apta a proporcionar boas escolhas em

todos os contextos, a lei consumerista expressamente reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor é erigido sobre um princípio de transparência que, a todo tempo, incentiva o fornecimento de informações aos consumidores, que visam preencher a lacuna de conhecimento entre as partes e possibilitar que o agente tome melhores decisões por possuir maior domínio dos fatos pertinentes.

A norma consumerista também presume a vulnerabilidade do consumidor no que se refere à avaliação de riscos à saúde ou segurança, vedando a colocação no mercado de consumo de produto ou serviço que o fornecedor sabe ou deveria saber apresentar *alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança* (artigo 10 da Lei nº 8.078/1990). Como hoje se sabe, uma das maiores dificuldades no processo decisório é precisamente a avaliação de riscos, que é realizada com base em informações de validade limitada, processadas segundo regras heurísticas, a exemplo da representatividade, ancoragem e ajustamento, e disponibilidade, que podem ensejar a ocorrência de desvios sistemáticos (vieses cognitivos).

Assim, para evitar que erros e vieses cognitivos dos consumidores na avaliação de riscos levem a subestimar o alto grau de periculosidade e nocividade de determinada mercadoria, o legislador optou por agir preventivamente e proibir a introdução desses produtos no mercado.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor também está refletido na vedação à publicidade e às práticas abusivas e enganosas, que são conceituadas de *forma ampla*, incluindo *qualquer modalidade* capaz de induzir em erro o consumidor a respeito dos produtos e serviços comercializados ou a estimulá-lo a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança (artigo 6º, IV; artigo 37; artigo 39; artigo 51).

Além disso, comparando referidos diplomas legais, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor possui um conjunto de mecanismos mais versáteis e mais adequados para incorporar à regulamentação dos negócios jurídicos as novas evidências sobre processos decisórios. Para além da imposição de invalidade, a norma consumerista adota instrumentos mais promissores para agregar ao Direito Privado os aportes sobre tomada de decisão, em especial os mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais, também conhecidos como *nudges* (cutucões). Tais técnicas de indução comportamental não se resumem a promover o desviesamento corretivo, mas buscam promover a melhora dos processos decisórios tais como eles são.

Mas o Código consumerista não representa a adequada incorporação dos novos

achados das Ciências Cognitivas sobre tomada de decisão, apenas aponta para a direção correta. Isto é, o Código de Defesa do Consumidor indica ser possível formatar normas voltadas não apenas para sancionar repressivamente determinadas condutas, mas também para melhorar a tomada de decisões jurídicas.

O desenho destes novos mecanismos deve ser feito de forma planejada e transparente, e sua implementação deve ser acompanhada para verificar se produziu os resultados esperados. As informações sobre o impacto do estímulo comportamental devem ser utilizadas para aperfeiçoar o *nudge* ou mesmo para descartar a medida, caso se mostre ineficiente para os fins pretendidos.

Trata-se de um tema de grande importância, que deve ser objeto de estudos mais aprofundados pelo Neurodireito. As possibilidades de incrementar a efetividade das normas jurídicas por meio de mecanismos de estímulo comportamental são amplas e os operadores do Direito Privado não devem se furtar a participar deste movimento. Novamente aderindo às conclusões de Fernandez e Fernandez:

Aliás, diga-se de passagem, uma vez que a sociedade usa leis para encorajar pessoas a se comportar diferentemente do que elas se comportariam na falta de normas, esse propósito fundamental não somente torna o direito (e a moral) altamente dependente da compreensão das múltiplas causas do comportamento humano como, e na mesma medida, faz com que quanto melhor for esse entendimento da natureza humana, melhor o direito poderá atingir seus propósitos [...] ¹⁸⁷.

No momento atual, com tudo o que já se sabe sobre processos decisórios, é essencial que os operadores do direito encarem o desafio de buscar mecanismos mais adequados para responder às complexidades do comportamento humano. Abalada a concepção de *ser racional* que serviu de sustentáculo para a construção do Direito Privado, não é possível remanescer utilizando apenas os institutos jurídicos criados há mais de um século, sem nenhuma preocupação com os percalços que cercam a tomada de decisão.

O olhar aqui lançado sobre os negócios jurídicos, sob o enfoque da tomada de decisão, desafia a própria concepção de autonomia privada, levando a questionar se ainda é suficiente e adequada como a única moldura para o Direito Privado. Parece ser conveniente repensar a noção de autonomia privada, seja para atualizá-la, acrescentado-lhe novas camadas, seja para agregar outros referenciais – em especial o da tomada de decisão –, seja para reconhecer sua insuficiência e a necessidade de superação por outros conceitos aptos a abarcar

¹⁸⁷ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, Direito e Neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 139-140.

tudo o que já se sabe sobre processos decisórios.

Enfim, sobejam perguntas e são escassas as respostas. Neste contexto, são inegáveis as potencialidades do Neurodireito também para o Direito Privado. É mister que os operadores do direito nesta área conheçam mais sobre processos decisórios, sobre mecanismos de arquitetura da decisão e estímulos comportamentais, e que tenham a coragem de revisitar antigos institutos jurídicos e abraçar novos instrumentos capazes de fazer face à complexidade humana.

Acredita-se que será mais um passo para a incorporação ao Direito da pessoa como realmente é e atua no mundo, e não como um modelo ideal desconexo da realidade, que parece ter chegado ao esgotamento diante das evidências das Ciências Cognitivas.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIELY, Dan. **Predictably irrational**: the hidden forces that shape our decisions. London: HarperCollinsPublishers Ltd., 2008. Arquivo Kindle.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estudos Especiais do Banco Central**. Utilização do cheque especial: perfil dos usuários. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE044_Utilizacao_do_cheque_especial_perfil_dos_usuarios.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2019.

_____. **Resolução nº 4.765**. Diário Oficial da União, 28 nov. 2019, ed. 230, p. 56.

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

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

BUNGE, Mario. **The Mind-Body Problem**. A Psychobiological Approach. London: Pergamon Press, 1980.

CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de Direito Civil**: parte geral. 4ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 315-356.

CALO, Ryan. Code, Nudge, or Notice? **Iowa Law Review**, v. 99:773, 2014. Disponível em <<https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-99-issue-2/code-nudge-or-notice/>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

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

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.) **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 13-34.

COLOMBI, Henry. A validade e os defeitos dos negócios jurídicos celebrados por pessoas com deficiência mental ou intelectual. In **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 97-120.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment nº 1**. Genebra: 2014. Disponível em <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; OLIVEIRA, André Matos de Almeida; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

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

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. New York: Cambridge University Press, 1988.

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

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

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**: conduta humana, liberdade e racionalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA, José G. do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 3, set. 1963. p. 26-32.

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

FIÚZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Acerca da legitimação com base nos Direitos Humanos. In **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Márcio Seligmann-Silva (Trad.). São Paulo: Littera Mundi, 2001.

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

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã**. Paulo Geiger (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HASELTON, M. G.; NETTLE, D.; ANDREWS, P. W. The evolution of cognitive bias. In BUSS, D. M. (ed.). **The Handbook of Evolutionary Psychology**: Hoboken. Nova Jérsei: John Wiley & Sons Inc., 2005.

HORTA, Ricardo Lins. Arquitetura de escolhas, direito e liberdade: notas sobre o “paternalismo libertário”. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017. p. 651-664. Disponível em <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viem/5602/pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

HOSNI, David S. S. O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 35-64.

_____. O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da Pessoa com Deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, 2. ed.. p. 35-58.

INGOLD, Tim. **The Perception of the Environment**. Essays on livelihood, dwelling and skill. London: Routledge, 2011.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, New Series, v. 185, n. 4157, 1974. p. 1124-1131.

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

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. LAMEGO, José (Trad.). 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

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

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

Clinical Brasil, 2018. p. 243-267.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 143-149.

_____. **Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

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

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil - Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos**. v. 1, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

MALLOY-DINIZ, L. F.; KLUWE-SCHIAVON, B.; GRASSI-OLIVEIRA, R. (Orgs.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 48-63. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MASSON, Natália. O Princípio da Liberdade das Normas. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173-184.

MATTOS, Paulo. Apresentação. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo (org.). **Julgamento e tomada de decisão**. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018. p. 21-24.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; NOJIRI, Sergio. Editorial: O Direito na fronteira da razão: Psicologia, Neurociência e Economia comportamental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

MOGRABI, Gabriel José Corrêa. Decisão sem livre-arbítrio – Relevância Ecológica como

caminho para testagem. In CARDOSO, Renato César et al. (Orgs.). **Livre-arbítrio: uma abordagem interdisciplinar**. Belo Horizonte: Ed. Artesã, 2017. p. 162-181.

_____. Emergência e Processos de Decisão: uma Crítica à Tese de “Free Will” em Libet. **Revista Eletrônica Informação e Cognição**, v. 5, n.1, p. 50, 2006. Disponível em <<http://revistas.marilia.unesp.br/index.php/reic/article/view/728>>. Acesso em: 26 dez. 2019.

NASSER, Carolina et al. An Adequate Concept of Human Body: Debunking Mind-Body Dualism. In **New Approaches to the Personhood in Law: Essays in Legal Philosophy**. PIETRZYKOWSKI, Tomasz; STANCIOLI, Brunello (Eds). Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016. p. 46-66. Arquivo Kindle.

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

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: norma de reforço**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/livre-mercado/declaracao-de-direitos-de-liberdade-economica-norma-de-reforco-15082019#:~:targetText=Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%20de%20Liberdade%20Econ%C3%B4mica%3A%20norma%20de%20refor%C3%A7o,-A%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20primeira&targetText=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20n.%20881,com%20substancial%20margem%20de%20vantagem.>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de; CARDOSO, Renato César. Consiliência e a possibilidade do neurodireito: da desconfiança à reconciliação disciplinar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 116-142. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **O Ressarcimento do Dano Pré-Contratual: interesse negativo e interesse positivo**. São Paulo: Almedina, 2017.

_____; LARA, Mariana Alves. Incapacidade civil incidental e validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental ou intelectual. In **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Orgs.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 121-141.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto (atual. da 4ª ed.). 4ª ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

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

PRIEST, Henry. **Biases & Heuristics: The Definitive Collection Of Cognitive Biases That**

Impair Decisions in Baking, Finance and Everything Else. [s/l]: Independently published. Arquivo Kindle.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes (Trad.). Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMIDT NETO, André Perin; FACCHINI NETO, Eugênio. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018. p. 64-88. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/244>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

SCHNEEWIND, Jerome. B. **The invention of autonomy: a history of modern moral philosophy**. New York: Cambridge University Press, 1998. Arquivo Kindle.

SENADO FEDERAL. Projeto de lei nº 757. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

_____. Exposição de Motivos Interministerial nº 90/MS/MJ, de 06/10/1998. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/3527?sequencia=161>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

SERIES, Lucy. Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms. **International Journal of Law and Psychiatry**. n. 40, 2015. p. 80-91.

SILVA, Denis Franco. O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 135-162.

SPAEMANN, Robert. **Pessoas: Ensaios sobre a diferença entre algo e alguém**. Nélío Schneider (Trad.). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Renúncia ao Exercício de Direitos de Personalidade: ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____; PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs.). **A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 101-113.

SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence: government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016.

_____. Nudging: A Very Short Guide. 37 **J. Consumer Pol'y** 583, Harvard Law School; 23 set. 2014. p. 1-7. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2499658>>. Acesso em: 10 dez.

2019.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008. Arquivo Kindle.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dos defeitos do negócio jurídico no novo código civil: fraude, estado de perigo e lesão. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002. p. 51-78.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 74, n. 261, jan./mar. 1978. p. 27-35.

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

WORLD BANK. **World Development Report 2015: Mind, Society, and Behaviour**. Washington: World Bank, 2015. Disponível em <<https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2015>>. Acesso em: 26 dez. 2019.