

Cinquenta tons de manipulação

Cass R. SUNSTEIN*

Trad. Alexander Leonard Martins KELLNER**

RESUMO: Uma declaração ou ação pode ser considerada manipuladora se ela não fomenta ou estimula a capacidade de uma escolha reflexiva e deliberativa. Um dos problemas com a manipulação assim compreendida, é que ela falha em respeitar a autonomia das pessoas, e é afronta à dignidade delas. Outro problema é que se forem produtos de manipulação, as escolhas das pessoas podem falhar em promover seu próprio bem-estar, e podem ainda promover o bem-estar do manipulador. Nessa medida, a objeção central à manipulação está enraizada em uma versão do princípio do prejuízo de Mill: pessoas sabem o que é de seu melhor interesse e deveriam ter uma oportunidade (livre de manipulação) em fazer tal escolha. Com fundamentos em bem-estar, a norma contra manipulação pode ser vista como um tipo de heurística, um tipo que geralmente funciona bem, mas que também pode levar a sérios equívocos, pelo menos quando o manipulador é bem informado e de forma genuína interessado no bem-estar do optante. Para o sistema legal um quebra-cabeça complexo é o porquê de a manipulação ser raramente policiada. A resposta mais simples é que a manipulação tem tantos tons, e que em uma ordem social que valorize o livre mercado e é comprometida com a liberdade de expressão, é excepcionalmente difícil de regular a manipulação como tal. Mas à medida que os motivos do manipulador se tornam mais egoístas ou venais, e como os esforços para contornar as capacidades deliberativas das pessoas se tornam mais bem-sucedidos, as objeções éticas à manipulação tornam-se muito vigorosas, e o argumento para uma resposta legal é fortificado. A análise da manipulação se debruça em questões emergentes relacionadas a primeira emenda, questões essas levantadas, por exemplo, no caso de informações compulsórias, especialmente no contexto de advertências gráficas de saúde. De forma relevante também pode ajudar a orientar a regulação de produtos financeiros, onde a manipulação de escolhas do consumidor é uma preocupação evidente, mas raramente explícita.

PALAVRAS-CHAVE: Manipulação; autonomia; bem-estar.

1. Introdução

Está ranqueada entre as cenas mais poderosas da história da televisão – Don Draper é encarregado de produzir uma campanha publicitária para a Kodak, que acaba de inventar um novo projetor de slides, com visualização contínua. O projetor funciona como uma roda. Usando o dispositivo para exibir cenas de uma família “era uma vez feliz” (quando na verdade sua própria está quebrada), Draper diz a seus potenciais clientes:¹

* Professor Universitário Robert Walmsley, Universidade de Harvard. Eu sou grato ao Oren Bar-Gill, Anne Barnhill, Tyler Cowen, Elizabeth Emens, Nir Eyal, George Loewenstein, Martha Minow, Martha Nussbaum, Eric Posner, Lucia Reisch, Mark Tushnet, e Adrian Vermeule pelos comentários valiosos em uma versão anterior. Lisa Marrone forneceu uma excelente assistência na pesquisa.

** Mestre em Direito Regulatório na Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Bolsista Capes/PROSUP. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Especialista em direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

¹ Ver <<http://www.imdb.com/title/tt1105057/quotes>>.

Em grego “nostalgia” significa literalmente “a dor de uma ferida velha”. Ela é uma pontada em seu coração, muito mais poderosa do que a memória sozinha. Esse aparelho não é uma nave especial. Ele é uma máquina no tempo. Ele vai para frente e para trás. Ele nos leva a um lugar em que ansiamos ir novamente. Ele não é chamado de roda. Ele é chamado de Carrocel. Ele nos permite viajar como uma criança viaja. Indo e voltando, e novamente de volta para casa... para um lugar em que sabemos que somos amados.²

Os clientes da *Kodak* estão convencidos. Eles cancelam as suas reuniões com outras empresas.

Consideremos os seguintes exemplos:

1. Um pai tenta convencer o filho adulto a visitá-lo em uma cidade remota em Nebraska dizendo: "Afiml sou seu pai, criei você por todos esses anos e nem sempre foi divertido para mim – quem sabe se eu vou viver muito mais tempo?"
2. Uma empresa de automóveis anuncia seu novo veículo mostrando um casal elegante e atraente saindo do carro antes de entrarem em uma festa glamourosa.
3. Num esforço para desencorajar fumantes, um governo exige que os pacotes de cigarros contenhão advertências gráficas e avisos assustadores prejudiciais à saúde, retratando pessoas com doenças mortais.³
4. Em um anúncio publicitário um candidato político exhibe fotografias desagradáveis de seu oponente, expostas com uma música assustadora de pano de fundo. Um locutor lê citações que embora precisas e não enganosas, foram tiradas de contexto para fazer seu adversário parecer novamente ridículo e assustador.
5. Em esforço para convencer consumidores a mudar para o seu novo cartão de crédito de alto custo, uma empresa enfatiza o valor baixo de sua "taxa teaser", pelo qual os consumidores podem desfrutar de empréstimos de baixo custo por um curto período. Seu anúncio publicitário retrata pessoas felizes, elegantes e energizadas, exibindo seu cartão em suas novas compras.
6. Para reduzir a poluição (incluindo as emissões de gases com efeito de estufa), uma cidade exige que os serviços públicos ofereçam fontes de energia limpa como opção padrão aos consumidores, através de fornecedores pré-definidos, sujeitos a idéia de opt-out (opção de saída) caso os clientes quiserem poupar dinheiro.⁴

² De forma reveladora, nostalgia significa na verdade “desejando pelo retorno a casa,” ao invés de “dor de uma velha ferida”.

³ No que tange ao esforço da FDA em prol da veiculação de imagens gráficas nas embalagens de cigarro, confira-se *RJ Reynolds v. FDA*, 696 F. 3d 1205 (DC Cir 2012), disponível em: <[http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/4C0311C78EB11C5785257A64004EBFB5/\\$file/11-5332-1391191.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/4C0311C78EB11C5785257A64004EBFB5/$file/11-5332-1391191.pdf)>, sustentado com base em outros motivos, *RJ Reynolds v. FDA*, F3d (DC Cir. 2012), disponível em: <[http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/4C0311C78EB11C5785257A64004EBFB5/\\$file/11-5332-1391191.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/4C0311C78EB11C5785257A64004EBFB5/$file/11-5332-1391191.pdf)>. Para a campanha gráfica do próprio governo, confira-se: <<http://www.cdc.gov/tobacco/campaign/tips/resources/videos/>>. Para evidencia de sucesso das imagens gráficas, veja: <http://www.cdc.gov/media/releases/2011/p0526_cigarettewarnings.html>.

⁴ Ver Cass R. Sunstein e Lucia Reisch, *Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection*, 38 *Harv Env L Rev* 127 (2014) O exemplo não pode ser considerado como uma sugestão de que a energia verde é necessariamente mais cara que outras formas.

Tanto no direito público como no direito privado, há preocupação com o problema da coerção decorrente do uso literal da força. A cláusula do devido processo legal destina-se a impor garantias processuais em caso de ameaça ou coerção real por parte do governo, e se os atores privados planejam recorrer à força, tanto o direito penal como a lei de responsabilidade civil funcionarão como obstáculos. Existem restrições legais nos casos de mentira e fraude.⁵ A primeira emenda protege a publicidade comercial, mas não proíbe a regulação da propaganda falsa ou enganosa.⁶ A Comissão Federal de Comércio (FTC) está expressamente autorizada a controlar práticas comerciais "injustas e enganosas".⁷

O que dizer da manipulação realizada por instituições privadas ou públicas? Na legislação não há uma análise sustentada do tema.⁸ Há muitos trabalhos sobre mentiras e fraudes⁹ e podemos identificar uma sobreposição entre mentir, enganar e manipular.

Podemos até ver a manipulação como um conceito mestre que inclui mentiras e fraudes, ou assume-se o entendimento de que os três seriam algum tipo de *continuum*. Certamente isto se dá do presente modo se o nosso princípio mestre é a autonomia pessoal; assim sendo, os três violam esse princípio, embora por razões de algum modo diferentes. (Eu terei alguma coisa para dizer a respeito de em que medida isso se dá assim). Consensualmente é razoável pensar que o conceito de manipulação é distintivo, certamente no sentido de que ele pode ocorrer (como no mítico comercial Kodak) sem mentiras ou fraudes (pelo menos em suas formas padrão). O que a manipulação implica e o que isso tem de errado? De que maneira, se a lei deveria reagir a ela no contexto da proteção do consumidor ou da limitação do próprio governo? Um dos principais objetivos aqui, é colocar a categoria da manipulação no radar da legislação e do direito.

Uma ação não deve ser considerada manipuladora simplesmente por se tratar de um esforço para alterar o comportamento das pessoas. Se você é um passageiro em um

⁵ Na legislação Anglo-Americana, fraude a muito é considerada danosa. Ver *Derry v. Peek*, LR 14 App Cas 337 (1889); John Hannigan, *Measure of Damages in Tort for Deceit*, 18 B.U.L. Rev. 681 (1938). Uma extensiva parte do corpo da lei lida com o problema relacionado da representação inidônea. Ver John Cartwright, *Misrepresentation, Mistake and Non-disclosure* (3d. Ed. 2012). No que se refere às questões éticas associadas com a mentira, ver Sissela Bok, *Lying* (2011).

⁶ Ver *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976).

⁷ 15 USC 57^a (a)(1)(B).

⁸ A interpretação mais valiosa envolve o problema análogo da fraude. Richard Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, 65 BU L Rev (1985); *Regulating Deceptive Advertising: The Role of Cost-Benefit Analysis*, 64 Southern Cal. L. Rev. 549 (1991). Como nós vamos ver, manipulação é um conceito diferente, e ela é muito mais difícil de definir e fiscalizar. As discussões de Craswell no entanto, assumem a questão da regulação da manipulação e, de fato ajudam a mostrar o porquê da regulação ser tão difícil.

⁹ Ver Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, nota supra, para a discussão seminal.

carro e você avisa o motorista que ele está prestes a sofrer um acidente, você não está envolvido em manipulação.

O mesmo se você lembrar a alguém que uma conta vai vencer. Um rótulo de calorias e um rótulo de eficiência energética não são normalmente considerados formas de manipulação, contanto que a instituição privada ou pública esteja informando as pessoas, ou "apenas fornecendo os fatos", é difícil queixar-se de manipulação.¹⁰ Existe grande diferença entre persuadir pessoas e manipulá-las. Com a persuasão (não-manipulativa), as pessoas recebem fatos e razões apresentadas de maneira suficientemente justa e neutral. Já manipulação é algo diferente.

Geralmente se pensa que pessoas estão sendo manipuladas quando tratadas como "marionetes comandadas por uma corda".¹¹ Ninguém quer ser marionete de outra pessoa (pelo menos não sem prévio consentimento¹²) e, em alguns aspectos, é especialmente ruim ser uma marionete do governo. Os piores governos da história tentaram transformar seus cidadãos em fantoches.¹³ Se mantivermos a metáfora da marionete em mente, a ideia de "manipulação" pode ser aplicada a diversos tipos de comportamento, mas não é completamente claro tratar-se de um conceito unitário, ou que possamos identificar condições necessárias e suficientes.¹⁴

A manipulação assume múltiplas formas, possui pelo menos cinquenta tons, e algumas pessoas se perguntam se esses tons estão identificados uns com os outros.¹⁵ O objetivo principal deste artigo é progredir na compreensão do que efetivamente é manipulação e no que tem de errado com ela.

¹⁰ É necessária uma qualificação. Se um requisito de divulgação se concentrar em um dos muitos aspectos de uma situação e fixar a atenção das pessoas nesse aspecto, uma carga de manipulação não seria irracional. Considere a controvérsia sobre a ideia de que os vendedores devem ter que divulgar que os alimentos têm organismos geneticamente modificados (OGMs). Ver Charles Noussair et al., *Do Consumers Really Refuse to Buy Genetically Modified Food?*, 114 *Economic Journal* 102 (2004). Para aqueles que se opõem à rotulagem obrigatória sobre os OGM, há uma afirmação plausível de que os rótulos são uma forma de manipulação, ativando a preocupação pública onde não há motivo objetivo para essa preocupação. É claro que as pessoas do setor privado podem se engajar em formas semelhantes de manipulação, chamando a atenção das pessoas para uma característica de um produto que, enquanto real, parece muito mais importante do que realmente é.

¹¹ Ver T. M. Wilkinson, *Nudging and Manipulation*, 61 *Political Studies* 341, 242 (2013).

¹² Ver abaixo.

¹³ Ver Frank Westerman, *Engineers of the Soul: The Grandiose Propaganda of Stalin's Russia* (2012); Susan Bachrach, *State of Deception: The Power of Nazi Propaganda* (2009).

¹⁴ Para um número de tratamentos instrutivos, ver *Manipulation* (Christian Coons and Michael Webster eds. 2014).

¹⁵ Uma advertência valiosa: "As pessoas podem ser manipuladas quando vão às compras, assinam contratos, votam, estudam na escola, visitam seus médicos, decidem se fazem sexo ou se revezam para fazer o trabalho doméstico. Uma conta completa teria que lidar com a enorme variedade de sites e métodos de manipulação. Na verdade, não temos essa noção". Wilkinson, nota supra, na pág. 344.

Se conseguirmos progredir nessas tarefas, deveremos estar mais bem equipados para avaliar uma ampla gama de problemas em matéria de ética, política e direito. Por exemplo, objeções plausíveis podem ser feitas aos atos de governo que podem ser considerados manipulativos. Tais objeções podem não tratar os cidadãos com respeito.¹⁶ Existem também questões de primeira emenda. Quando o governo determina a prolação de um discurso, será que existe uma diferença entre exigir um discurso com uma revelação puramente factual e exigir um discurso que tem características indiscutivelmente manipulativas? Quando a publicidade é manipuladora o que deve ser feito sobre isso?¹⁷ Será que existem circunstâncias em que o discurso manipulador por parte do governo, suscita problemas relacionados ao devido processo legal¹⁸ ou viola os estatutos existentes?¹⁹ Como o governo deve responder ao comportamento manipulador perpetrado pelo setor privado,²⁰ como por exemplo no setor de produtos financeiros (como cartões de créditos e hipotecas)? Como será visto, a compreensão da manipulação está diretamente relacionada ao trabalho do Escritório de Proteção Financeira do Consumidor (CFPB),²¹ escritório este que está implicitamente preocupado com o problema.

Sugiro que o esforço para influenciar as escolhas das pessoas pode ser considerado manipulativo *na medida em que não engaja ou apela suficientemente para a sua capacidade de reflexão e deliberação*. A expressão "suficientemente" deixa um grau de ambiguidade e abertura, o que parece correto.

¹⁶ Ver Jeremy Waldron, *It's All For Your Own Good*, New York Review of Books (2014), disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>>.

Considere, em particular, esta passagem: "Mais profundo do que isso é uma preocupação espinhosa em relação à dignidade. O que se torna do auto-respeito que investimos em nossas ações voluntárias, falhas e equivocadas, embora muitas vezes são, quando tantas de nossas escolhas são manipuladas para promover o que alguém vê (talvez com razão) como nosso melhor interesse?" Em particular contexto que diz respeito a Waldron, acredito que a questão está superestimada, ver Cass R. Sunstein, *Nudges and Choice Architecture: Ethical Considerations*, Yale J Reg (vindo 2015) argumentando que os Nudges geralmente não são manipulativos e não devem ser adotados se eles são), mas a questão é legítima em muitos outros contextos e no resumo. Uma discussão instrutiva é a de Pelle Goldberg Hansen e Andreas Maaloe Jespersen, *Nudge and the Manipulation of Choice*, 4 EJRR 3 (2013).

¹⁷ Para uma discussão provocativa, ver Allen W. Wood, *Coercion, Manipulation, Exploitation*, in *Manipulation*, nota, pág 17.

¹⁸ Uma possível resposta "sim" é fornecida em *Wickard v. Filburn*, 317 US 111 (1942), embora o Tribunal tenha declarado "não" sobre os fatos particulares, onde o Secretário de Agricultura deu um discurso discutivelmente manipulador em nome de um referendo: "Não há provas de que qualquer eleitor tenha colocado as palavras do Secretário a interpretação que impressionou o tribunal abaixo ou foi induzida de alguma forma. Não há demonstração de que o discurso influenciou o resultado do referendo". Id. no 116.

¹⁹ O direito do trabalho tem uma importante parte da doutrina que levanta essa questão, embora o problema fundamental seja a coerção (sob a forma de ameaças) em vez de manipulação. Ver *NLRB v. Gissel Packing Co.*, 395 US 575 (1969).

²⁰ Um corpo separado de leis trata do comportamento manipulador em conexão com trocas; A "manipulação" é um termo de arte nesse cenário. Veja <<http://www.sec.gov/rules/proposed/2010/34-63236.pdf>>.

²¹ Ver abaixo; veja também a discussão sobre o potencial regulamento dos empréstimos do dia de pagamento em <<http://www.wsj.com/articles/cfpb-sets-sights-on-payday-loans-1420410479>>.

Não é possível saber se a manipulação está caracterizada sem que se pergunte se a capacidade das pessoas é suficiente para deliberar sobre o assunto em questão.²² Podemos imaginar casos evidentes de manipulação (publicidade subliminar²³), que estão fora da categoria (por exemplo, uma advertência sobre cruzamentos de veados em uma área remota), e outros que podem ser situados no limite tênue (uma apresentação vívida sobre as vantagens de uma determinada hipoteca ou um novo design de um site para atrair clientes aos produtos mais caros).²⁴

Importante enfatizar que inúmeras escolhas, pelo menos em parte, são resultante de variáveis que não envolvem deliberação reflexiva – e os optantes tendem ignorar esse fato.²⁵ O problema da manipulação surge quando os optantes se queixam de forma justa por ações de um manipulador, que impediu que eles tivessem, em certo sentido, uma chance justa de tomar uma decisão por conta própria.²⁶ Muitas vezes o sinal distintivo da manipulação é um sentido justificado de traição *a posteriori* (*ex post*).

Certamente existem graus de manipulação, já que algumas formas de influência tentam contornar completamente a deliberação (exemplo a publicidade subliminar), e outras formas apenas tentam influenciá-la desencadeando certas formas de processamento automático (por exemplo, esboçando um problema com o intuito de provocar a resposta desejada²⁷).

Algumas formas de manipulação são modestas e relativamente benignas. No comercial da Kodak o objetivo é conectar o produto com um conjunto de associações evocativas –

²² Compare com a discussão relacionada em Anne Barnhill, What is Manipulation? em Manipulation: Theory and Practice 50, 72 (Christian Coons and Michael Weber eds. 2014).

²³ Ver Augustus Bullock, The Secret Sales Pitch: An Overview of Subliminal Advertising (2004).

²⁴ De maneira importante, a palavra "suficientemente" se aplica ao grau de reflexão e deliberação envolvidos; não fala sobre a questão da justificação. Por exemplo, os sequestradores possíveis podem ser manipulados (no sentido de que suas capacidades deliberativas são ignoradas) por policiais que estão tentando parar um seqüestro, e um terrorista também pode estar sujeito a manipulação (justificada).

²⁵ Veja Daniel Kahneman, Thinking, Fast and Slow (2011). Para um ponto relacionado de um ângulo diferente, veja Edna Ullmann-Margalit, Big Decisions: Opting, Converting, Drifting, 81 Royal Institution of Philosophy Supp. 81 (2006) (alegando que, para pequenas e grandes decisões, as escolhas podem não se basear em motivos).

²⁶ Há, no entanto, um conjunto de casos que complicam a definição que eu ofereço aqui, e isso sugere que a categoria de manipulação não é esgotada. Suponha que os julgamentos das pessoas sejam adequadamente e legítimamente automáticos e não sejam um produto da deliberação. (Atrações imediatas para certos alimentos ou pessoas são exemplos plausíveis.) Podemos imaginar esforços para alterar esses julgamentos automáticos através de argumentos racionais que não podem ser caracterizados como manipuladores. Mas também podemos imaginar esforços para alterar esses julgamentos que não envolvem argumentos racionais. Um amigo ou um estranho pode tentar usar associações, ou imagens vívidas de algum tipo, para criar uma mudança relevante. A questão é: que tais casos não envolvam manipulação, mesmo que não impliquem julgamentos que envolvam reflexão e deliberação? Essa questão levanta a possibilidade de que os esforços não circulares para alterar os julgamentos adequadamente não autorizáveis também possam ser considerados manipuladores. Mas a discussão dessa possibilidade me levaria para além do meu foco aqui. Sou grato a Anne Barnhill por ter levantado esse ponto. Ver a discussão de Anne Barnhill, o que é Manipulação? em Manipulação: Teoria e Prática 50 (Christian Coons e Michael Weber eds. 2014).

²⁷ Ver perspectivas em Framing (Gideon Keren ed. 2010).

infância, um carrossel, e uma habilidade mágica para recapturar e tornar permanente um passado perdido.

Geralmente a manipulação ocorre por meio dessas associações, que são uma característica predominante das campanhas políticas²⁸, mas o conceito é muito mais amplo do que isso. Os manipuladores muitas vezes descrevem escolhas de forma a relacioná-las supostamente a determinados resultados vívidos e atraentes (como compras de bilhetes de loteria), ou vívidos e desagradáveis (como falhas na compra de seguro de vida) – mesmo que uma moldura mais neutra apresentasse todo o problema de uma forma menos tendenciosa deixando o optante em uma posição mais objetiva para pesar as variáveis relevantes, nesse sentido, mais livre.

Em tais casos, um problema central com a ideia de manipulação é que ela pode violar a autonomia das pessoas, tornando-as instrumentos da vontade de outrem, e ofender sua dignidade ao não tratá-las com respeito.²⁹ O manipulador está conduzindo o optante a fazer uma escolha sem avaliar suficientemente, a critério do próprio optante, seus custos e benefícios.

Por essa razão as objeções morais mais evidentes à ideia de manipulação são de caráter deontológico. As objeções refletem uma sensação de que as pessoas não estão sendo tratadas de forma respeitosa. As próprias capacidades do optante de – avaliar, pesar, julgar – não estão recebendo o grau de deferência apropriado. Para os deontologistas uma questão central é se os optantes forneceram o consentimento apropriado para o ato de manipulação, ou se o manipulador corretamente inferiu o consentimento pelas circunstâncias apresentadas.

Do ponto de vista do bem-estar, a objeção à manipulação é muito menos direta. Algumas pessoas podem se beneficiar em serem manipuladas (considere um fumante que deseja desesperadamente parar de fumar), e dentro de certos limites, ser manipulado pode até mesmo que seja divertido. De certa forma a manipulação é uma espécie de brincadeira empreendida com um sorriso e uma piscadela. (Uma especulação: Aqueles que são intensamente opositores à ideia de manipulação, em todos os tons e formas, carecem de senso de humor). De outro modo a manipulação não é nada divertida, e até mesmo mortal (considere os esforços para manipular

²⁸ O exemplo mais famoso ou infame é a aterradora propaganda de nuvens de cogumelos de Lyndon Johnson em sua campanha de 1964 contra Barry Goldwater, terminando: "As apostas são muito altas para você ficar em casa". Consulte <https://www.youtube.com/watch?v=uOoR4k1tVMs>

²⁹ A doutrina da "influência indevida" no contrato suscita preocupações relacionadas. Veja Ray Madoff, *Unmasking Undue Influence*, 81 *Minn L Rev* 571 (1997).

sequestradores ou terroristas³⁰). Em termos de bem-estar, não há uma simples avaliação da manipulação, pelo menos se adotarmos a definição anterior.

Sugiro que o fundamento da preocupação sob o viés do bem-estar social é a visão associada a Mill³¹ e Hayek,³² que defende que é o optante, e não o manipulador, que sabe o que é do seu melhor interesse.

É claro que a principal preocupação de Mill, assim com a de Hayek, é com a coerção, mas a objeção sob a perspectiva da doutrina do bem-estar à manipulação origina-se da mesma fonte: a crença de que os optantes sabem o que é melhor para si mesmo. Segue que o princípio anti-manipulação é fortemente derivado do princípio de dano de Mill; o princípio sugere que os optantes devem ser capazes de tomar suas próprias decisões e que o papel de terceiros deve ser restrito a informar ou tentar persuadir (sem manipulação).³³

Se os optantes sabem o que é melhor, então a abordagem de aumento do bem-estar é evitar a manipulação e engajar-se nas capacidades deliberativas do optante.

Mas o manipulador se recusa a fazer isso. O cético se pergunta: por que não? Uma resposta tentadora é a de que o manipulador está promovendo seus próprios interesses e não aqueles do optante. Digamos que o uso da manipulação, em vez de informações ou persuasão, cria o risco de que o manipulador não tenha os interesses do optante em mente. Por essa razão a manipulação prejudica o bem-estar do selecionador. A análise da doutrina do bem-estar social em relação à manipulação é estreitamente paralela a análise da doutrina do bem-estar social em relação à fraude e o engano.³⁴

O manipulador pode mesmo ser visto como uma espécie de ladrão, tomando algo do optante sem consentimento real. Em alguns casos, essa é realmente a maneira correta de avaliar um ato de manipulação; ela ajuda a esclarecer iniciativas recentes perpetradas no campo da proteção financeira dos consumidores.³⁵

³⁰ Para uma discussão relevante, ver Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, *Conspiracy Theories: Causes and Cures*, 17 *J. Polit. Phil.* 202 (2009).

³¹ Ver John Stuart Mill, *On Liberty* (1859).

³² Ver Friedrich Hayek, *The Market and Other Orders* (2014).

³³ No entanto, é verdade que as pessoas podem consentir na manipulação, assim como podem consentir na coerção. Veja Jon Elster, *Sour Grapes* (1983); John Beshears et al., *Self Control and Liquidity: Como desenhar um contrato de compromisso* (manuscrito não publicado 2015). Para discussão de consentimento, veja *infra*.

³⁴ Ver Pierre Picard, *Economic Analysis of Insurance Fraud*, in *Handbook of Insurance* 349 (2013).

³⁵ Ver *infra*.

Do ponto de vista do sistema jurídico, tal como aqui definido, a manipulação pode ser dita plausivelmente difusa. Podemos encontrá-la na televisão, na Internet, em todas as campanhas políticas, em inúmeros mercados, nas relações de amizade e na vida familiar. Mesmo que se insista que a manipulação não pode ocorrer sem manipuladores intencionais,³⁶ o alcance da prática é muito amplo. Seria estranho e talvez inútil condenar as práticas que as pessoas encontram diariamente, e com as quais convivem, enquanto criam poucas ou nenhuma objeção.³⁷ Na verdade seria exigente e severo – até mesmo um pouco desumano – tentar condená-las. Por causa da difusão da manipulação e porque muitas vezes ela causa pouco ou nenhum dano, o sistema jurídico geralmente não a impede.³⁸ Geralmente os custos em regulamentar a manipulação excedem os benefícios. Como veremos, a avaliação adequada dos atos de manipulação depende muito do contexto, incluindo as expectativas associadas ao desempenho de papéis particulares.³⁹ Em alguns contextos, os reguladores visam a manipulação, pelo menos implicitamente.⁴⁰

Sabemos que uma empresa automobilística quer vender carros e de acordo com as convenções existentes, é aceitável produzir propagandas que não se destinem exatamente às capacidades deliberativas das pessoas (pelo menos se falsidades não estiverem envolvidas). Algo semelhante pode ser dito sobre campanhas políticas. Resta analisar a respeito de se considerar ou não que as capacidades deliberativas estão "suficientemente" engajadas; em tais casos elas dificilmente estão mantidas em espera.

Seria plausível sugerir que uma exigência mínima de suficiência deliberativa não é cumprida. Se assim for, a objeção ética ganha força sob duas condições: (1) quando os objetivos do manipulador são auto-interessados ou venais e (2) quando o ato de manipulação é bem-sucedido em subverter ou ignorar as capacidades deliberativas do

³⁶ A natureza pode, de certo modo, manipular pessoas; O clima frio e a neve, por exemplo, podem afetar as pessoas sem desencadear suficientemente a deliberação. Mas parece útil limitar a categoria aos esforços intencionais; na linguagem comum, a intencionalidade parece ser uma característica definidora do conceito de manipulação.

³⁷ Eu coloco a existência de práticas antigas e arraigadas, como discriminação baseada em sexo e deficiência, que são corretamente sujeitas a escrutínio e objeção.

³⁸ Para exceções, veja abaixo.

³⁹ Sobre o relacionamento entre "nudges" e manipulação, veja Wilkinson, nota supra; Cass R. Sunstein, *Arquitetura de Escolha e Nudging: Considerações Éticas*, Yale J Reg (próximo 2015). Na minha opinião, os nudges geralmente não contam como manipuladores no sentido definido aqui. Considere, por exemplo, divulgação de informações, lembretes e avisos, nenhum dos quais é plausivelmente tratado como manipulador (na ausência de circunstâncias especiais). As advertências gráficas, a aversão à perda, as regras padrão e as normas sociais são consideradas abaixo. É verdade, no entanto, que alguns nudges (não defendidos por mim ou a meu conhecimento mais) podem atravessar a linha; para discussão geral, veja id.

⁴⁰ Um exemplo envolve uma regra 2014 que exige divulgações de hipotecas integradas, disponível em http://files.consumerfinance.gov/f/201311_cfpb_final-rule_integrated-mortgage-disclosures.pdf. Um catálogo útil, mas cético, das ações do CFPB, alguns voltados para o comportamento manipulador, podem ser encontrados em Adam Smith e Todd Graziano, *Comportamento, Paternalismo e Política: Avaliação da Proteção Financeira do Consumidor (2014)*, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408083>.

optante. Quando ambas as condições se fazem presentes, pode-se considerar que existe uma boa razão para a criação de uma espécie de tabu ético referente à manipulação, e talvez até restrições legais quando se tratar do governo.

Como veremos, há também motivo de elevada preocupação, considerando-se o ponto de vista da primeira emenda, quando o governo determina o teor do discurso, com o objetivo de manipular aqueles a quem este é dirigido. Nesses casos o governo deve enfrentar um elevado ônus de justificação.

O restante do presente ensaio está organizado da seguinte forma. A Parte II explora questões conceituais e problemas com definições, distinguindo manipulação de engano, e ligando a ideia de manipulação com recentes achados psicológicos e comportamentais. A Parte III volta-se para questões normativas, investigando se, e como, a manipulação pode ser inaceitável à luz dos compromissos com autonomia, dignidade e bem-estar.

A Parte IV examina a relevância do consentimento, da transparência e da autorização democrática. Conclui-se que, embora o consentimento individual possa justificar a manipulação, a transparência e a autorização democrática não. A Parte V explora questões de liberdade de expressão e defesa do consumidor. A Parte VI apresenta uma breve conclusão.

2. O que é manipulação

A. Um insulto à deliberação

Grande esforço tem sido dedicado à busca de uma definição de manipulação, quase exclusivamente dentro da literatura filosófica.⁴¹ Muitos desses esforços se concentram nos efeitos da manipulação para contrariar ou prejudicar a capacidade das pessoas de se envolverem em uma deliberação racional. Na doutrina de T.M. Wilkinson, a manipulação "é uma espécie de influência que desvia ou subverte as capacidades racionais do alvo."⁴² Wilkinson insiste que a manipulação "subverte e insulta o processo autônomo de tomada de decisão de uma pessoa" de uma maneira que considera pessoas como "*ferramentas e tolos*"⁴³ – conclui que "a manipulação é uma forma intencional e

⁴¹ Uma excelente visão geral é Manipulation (Christian Coons and Michael Webster eds. 2014).

⁴² Christian Coons e Michael Webster, Introdução, em id. pág 11.

⁴³ Wilkinson, nota supra, pág 145.

bem sucedida de influenciar alguém, usando métodos que pervertem a liberdade de escolha".⁴⁴

Lembramos, por exemplo, dos esforços para alistar pessoas atraentes em publicidade com o intuito de vender carros ou utilizar uma música assustadora e fotos feias para atacar um adversário político.

Podemos pensar que nesses casos os clientes e os eleitores estão sendo insultados, no sentido de que o orador relevante não lhes está dando nada equiparável a um relato direto das virtudes do carro ou dos vícios do oponente, mas está usando associações de vários tipos para pressionar o optante na direção preferida do manipulador. Numa perspectiva plausível a manipulação está envolvida a medida em que a deliberação é insuficiente. É importante notar que devemos falar de graus de manipulação, em vez de um simples interruptor cuja função é ligar ou desligar.

Numa visão semelhante, Ruth Faden e Tom Beauchamp definem a manipulação psicológica como "qualquer ato intencional que influencia com sucesso uma pessoa à crença ou ao comportamento causando mudanças em processos mentais diferentes *dos envolvidos na mera compreensão*".⁴⁵ Joseph Raz sugere que "Manipulação, ao contrário da coerção, não interfere com as opções de uma pessoa. Em vez disso, ela perverte a forma como a pessoa atinge decisões, forma preferências ou adota metas".⁴⁶

Lógicamente a ideia de "perverter" a escolha, ou o modo como as pessoas alcançam decisões ou formam preferências, não é autodefinida. Pode-se entender que a ideia se refere a métodos que não apelam ou produzem o grau certo ou o tipo de deliberação reflexiva. Em caso afirmativo, uma objeção à manipulação é que ela "viola a autonomia da vítima subvertendo e insultando seus poderes de decisão".⁴⁷ A objeção também oferece uma explicação do que há de errado com as mentiras, que tentam alterar o comportamento não por meio do estímulo ao engajamento das pessoas com os méritos ou com o pedido que as pessoas decidam em conformidade com o mérito, mas alistando

⁴⁴ Veja id. Uma discussão especialmente valiosa, chegando a uma conclusão diferente, é Anne Barnhill, o que é Manipulação? em *Manipulação: Teoria e Prática* 50, 72 (Christian Coons e Michael Weber eds. 2014). Observe a ênfase, na definição da manipulação, na tentativa do manipulador de influenciar escolhas e decisões. Se alguém tenta colocar as pessoas com um certo humor (por exemplo, levando-as para o almoço), a manipulação não está envolvida se não houver nenhum esforço para influenciar suas escolhas, mesmo quando a tentativa de levantar seu humor não envolve um apelo às suas capacidades reflexivas e deliberativas. (De fato, os esforços mais bem-sucedidos para levantar estados de espírito muitas vezes não fazem tal recurso).

⁴⁵ Ruth Faden e Tom Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent* 354-68 (1986).

⁴⁶ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 377-79 (1986).

⁴⁷ Ver Wilkinson, nota supra.

falsidades, geralmente ao serviço dos objetivos do mentiroso (uma ideia que também aponta o caminho para um relato sob o vies do bem estar social do que normalmente faz a mentira ser considerada errada⁴⁸).

Uma mentira é considerada desrespeitosa aos seus destinatários se ao menos tenta exercer influência, sem pedir às pessoas que façam uma escolha deliberada à luz de fatos relevantes. Mas, quando as mentiras não estão envolvidas, e quando as ações subjacentes parecem serem manipuladoras, o desafio é concretizar e tornar tangível as ideias de "subverter" e "insultar".⁴⁹

É tentador adotar definição simples para este efeito: *Uma afirmação ou ação é manipuladora na medida em que não envolve ou não apela à capacidade de escolha reflexiva e deliberativa das pessoas.* O problema com esta definição é que ela é muito ampla, englobando muitas atividades que são uma parte padrão da vida diária e que raramente são consideradas manipuladoras. Suponhamos que um bom amigo enquadre uma escolha ou decisão na luz mais favorável e com uma voz alegre; ou que o Departamento de Transportes embarca em uma campanha de educação pública vívida e até gráfica para reduzir mensagens de texto durante a condução de veículos;⁵⁰ ou que um político defende o casamento entre pessoas do mesmo sexo de uma maneira que aponta, de forma emocionalmente evocativa, para a experiência vívida de casais do mesmo sexo. Em todos esses casos, podemos ter longos debates sobre se as declarações relevantes são atraentes para a capacidade das pessoas em tomar escolhas reflexivas e deliberativas. E mesmo que se conclua que declarações relevantes não são atraentes, não devemos por tal razão, estar comprometidos com uma visão de que a manipulação estaria envolvida.

De forma conclusiva, a palavra "suficientemente" é necessária, para acrescer a sugestão de que as pessoas foram, em certo sentido, enganadas ou ludibriadas, ou pelo menos que suas capacidades deliberativas não foram incluídas adequadamente. Nesse sentido há uma conexão entre a ideia de manipulação e a ideia de engano – o primeiro como versão mais leve ou mais suave do último. Com um ato de engano, as pessoas quase inevitavelmente⁵¹ se sentem traídas e indignadas quando são informadas da verdade. Isso se aplica também à manipulação. Uma vez que o contexto completo é revelado,

⁴⁸ É claro que algumas mentiras são justificadas; as intenções do mentiroso podem ser importantes (por exemplo, para poupar os sentimentos de alguém), e as conseqüências podem ser exculpatórias (para evitar danos graves). Veja Bok, nota supra.

⁴⁹ Para uma discussão relevante no contexto de engano, veja Craswell, nota supra.

⁵⁰ Isso não é hipotético. Ver <<http://www.dot.gov/briefing-room/us-department-transportation-releases-new-faces-distracted-driving-video>>.

⁵¹ Contudo, eles podem ser gratos se o engano fosse genuinamente realizado para promover seus interesses.

aqueles que foram manipulados tendem a se sentir usados. Eles perguntarão – por que não fui autorizado a decidir por mim mesmo?

Em uma discussão iluminadora, com implicações na política e no direito, Anne Barnhill define a manipulação como "a influência direta as crenças, desejos ou emoções de alguém, de modo que a pessoa não compreenda os ideais de crença, desejo ou emoção de maneira tipicamente contrária ao seu auto-interesse ou provavelmente contrária ao seu auto-interesse no contexto em questão".⁵² Apesar da sua ambiguidade e da necessidade de especificação, a ideia de "*ficar sem ideais*" é útil e deve ser vista como um esforço para capturar a mesma ideia que a palavra "*suficientemente*". Note-se que o padrão aqui é mais bem enquadrado como objetivo e não subjetivo.

Nessa questão é necessário verificar se alguém, de fato, se envolveu suficientemente nas capacidades deliberativas de um optante – não se o optante assim acredita. Existe um problema com a definição de Barnhill que se reflete no fato que esta exclui do conceito de manipulação as influências de interesse próprio do optante.

Alguns atos de manipulação são considerados como tal, mesmo que eles deixem o optante em situação melhor. (você pode ser manipulado com a finalidade de comprar um carro que você já tinha gostado em primeiro plano). Podemos dizer que tais atos poderiam ser justificáveis, mas, mesmo assim, eles podem ser considerados atos manipuladores.

Para entender a manipulação, de maneira geral, não deve ser necessário fazer afirmações controversas sobre a natureza da escolha ou o papel das emoções. Deveríamos concordar que muitas decisões são baseadas no processamento inconsciente e que muitas vezes as pessoas não possuem um senso completo das fontes de suas próprias escolhas.⁵³

Mesmo que seja assim, um manipulador pode impor algum tipo de influência que prejudica indevidamente o optante ou que ignora o caráter reflexivo e deliberativo. É possível reconhecer a visão de que as emoções podem ser elas próprias julgamentos de valor,⁵⁴ como também enfatizar que os manipuladores tentam influenciar as escolhas das pessoas sem promover pensamento reflexivo sobre valores em jogo. Em linguagem

⁵² Anne Barnhill, *O que é Manipulação?* em *Manipulação: Teoria e Prática* 50, 72 (Christian Coons e Michael Weber eds. 2014). Barnhill constrói Robert Noggle, *ações manipuladoras: uma análise conceitual e moral*, 34 *Am Phil Q* 57 (1995).

⁵³ Ver Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011).

⁵⁴ Ver Martha Nussbaum, *Upheavals of Thought* (2003).

comum, a ideia de manipulação é invocada por pessoas que não estão compromissadas com opiniões controversas sobre questões psicológicas ou filosóficas, e é melhor entender essa ideia de forma a considerar as controvérsias relevantes.

B. Manipulando o Sistema 1

Podemos progredir na compreensão de alguns tipos de manipulação com referência à visão agora generalizada de que a mente humana não contém um, mas dois “*sistemas cognitivos*”.⁵⁵

Na literatura de ciências sociais, os dois sistemas são descritos como Sistema 1 e Sistema 2.⁵⁶ O Sistema 1 é o sistema automático, intuitivo, propenso a preconceitos e ao uso de heurísticas, enquanto o Sistema 2 é mais deliberativo, calculador e reflexivo. Os manipuladores muitas vezes visam o Sistema 1 e tentam desconsiderar ou minar o funcionamento do Sistema 2.⁵⁷

O Sistema 1 funciona rapidamente, muitas vezes no piloto automático. Ele é conduzido por hábitos. Quando ouve um barulho alto está inclinado a correr, quando está ofendido, quer revidar. Certamente, come um delicioso brownie. Pode procrastinar, pode ser impulsive e é fácil de manipular. Ele quer e alcança seus objetivos quando quiser. Pode ser excessivamente medroso e muito complacente. É um realizador, não um planejador.

Em contraste o Sistema 2 é reflexivo e deliberativo. Ele calcula. Ele ouve um barulho alto e avalia se o ruído é motivo de preocupação. Ele pensa sobre a probabilidade, com cuidado, embora às vezes lentamente. Realmente não se ofende. Se vê motivos para ofender, faz uma avaliação cuidadosa do que, tudo em consideração, deve ser feito. Ele vê o delicioso brownie e faz julgamento e, se considerando tudo, deve comê-lo ou não. É difícil de ser manipulado. Ele insiste na importância do autocontrole – é mais planejador que idealizador.

⁵⁵ Kahneman, nota supra; Timothy Wilson, *Strangers to Ourselves* (2014).

⁵⁶ Ver Kahneman, nota supra.

⁵⁷ Para observações relacionadas veja Hansen e Jepersen, nota supra.

Precisamos de reivindicações contestadas a respeito da natureza dos dois sistemas⁵⁸ com o intuito de considerar útil sugerir que muitas ações são consideradas manipuladoras porque apelam para o Sistema 1 e porque o Sistema 2 está sendo subvertido, enganado, minado ou insuficientemente envolvido ou não informado.

Considere o caso de publicidade subliminar que deve ser considerada manipuladora, porque opera "pelas costas" da pessoa envolvida sem apelar para sua atenção consciente. As decisões das pessoas são afetadas de maneira que ignora suas próprias capacidades deliberativas. Se este é o problema determinante da publicidade subliminar, podemos entender por que a hipnose involuntária também conta como manipulação. Ainda, quase ninguém, é a favor da propaganda subliminar e para dizer o mínimo, a ideia de hipnose involuntária também carece de atratividade. A questão é se, reconhecidamente, práticas-tabu podem lançar luz sobre atividades mais comuns ou práticas que podem ser capazes de provocar um suporte mais amplo.

C. Casos ilustrativos (e não fáceis)

Considere alguns casos que avaliam os limites do conceito de manipulação.

1. Suponha que um grupo de funcionários públicos tentam persuadir as pessoas a praticarem determinados comportamentos com a ajuda de informações de riscos relativos: "Se você não faz X, suas chances de morte por doença cardíaca triplicarão!"⁵⁹ Suponha que para a população relevante, a chance de morte por doença cardíaca é muito pequena – digamos, uma em cada 100.000 – e que as pessoas estão muito mais influenciadas pela ideia de "triplicar o risco" do que seria se soubessem que, se não fizerem X, elas poderiam aumentar o risco de 1 / 100,000 para um risco de 3 / 100,000 (para dizer o mínimo, um aumento modesto). O quadro de risco relativo é muito mais atencioso do que o quadro de risco absoluto; o triplo de um risco soa alarmante, mas se o aumento é de apenas 2 / 100.000, as pessoas podem não se preocupar. É certamente razoável considerar que a tomada de escolha do quadro de risco relativo (o que sugere um grande impacto na saúde) é um esforço para assustar as pessoas e assim manipulá-las (pelo menos em um sentido suave).

⁵⁸ Neste ponto, pode ser perguntado: o que, exatamente, são esses sistemas? A melhor resposta é que a ideia de dois sistemas é um dispositivo heurístico, uma simplificação projetada para se referir a um processamento automático e sem esforço e um processamento mais complexo e eficiente. Mas também é verdade que as regiões identificáveis do cérebro são ativas em diferentes tarefas e, portanto, pode ser bom sugerir que a ideia de "sistemas" tenha referentes físicos. Uma discussão influente afirma que "[a] processos [automáticos] e controlados podem ser mais ou menos distinguidos por onde ocorrem no cérebro". Colin Camerer et al., *Neuroeconomics: How Neuroscience Can Inform Economics*, 43 J. ECON. LITERATURA 1, 17 (2005).

⁵⁹ Wilkinson, nota supra, pág 347, usa esse exemplo.

É verdade que qualquer descrição de um risco exige algumas escolhas; as pessoas que descrevem riscos não podem evitar algum tipo de enquadramento. Mas o enquadramento não é o mesmo que a manipulação. Existe um bom argumento de que essa escolha particular não se envolve de forma suficiente, ou não mostra um grande respeito pelas capacidades deliberativas das pessoas; pode até ser um esforço para visar especificamente o Sistema 1. Como veremos, essa conclusão não significa que o uso do quadro de risco relativo esteja necessariamente fora de limites.⁶⁰ Este não é o caso mais flagrante de manipulação e se isso economiza uma série de vidas em uma grande população, pode até ser justificado. No entanto, também pode ser classificado como manipulador.

2. Suponha que os funcionários públicos estejam atentos ao poder da aversão à perda,⁶¹ e, portanto, eles usam o "quadro de perda" de modo a desencadear a preocupação das pessoas com os riscos associados à obesidade e ao consumo excessivo de energia. Eles podem deliberadamente optar por enfatizar, em algum tipo de campanha de informação, o quanto as pessoas perderiam com o fato de não utilizarem técnicas de conservação de energia, ao invés do quanto as pessoas ganhariam com essas técnicas.⁶² Pode-se considerar o uso da ideia de aversão a perdas com sua previsibilidade de grande efeitos⁶³ uma forma de manipulação?

A resposta não é óbvia, mas há um bom argumento de que não é, em razão de que as capacidades deliberativas permanecem suficientemente envolvidas. Mesmo com um quadro de perda, as pessoas permanecem plenamente capazes de avaliar os efeitos gerais. É necessário reconhecer que o uso deliberado da aversão à perda pode refletir um esforço com o intuito de desencadear sentimentos negativos que estão claramente associados às perdas.

Aqui também é questão em considerar se o uso de aversão a perdas suscita sérias objeções éticas. Dentro do universo de declarações discutivelmente manipuladoras, aqueles que enlistam a aversão à perda não consideram a mesma como uma ideia das mais problemáticas e, no caso em discussão, os objetivos do governo são louváveis. Se o

⁶⁰ Veja Craswell, Regulando a publicidade enganosa, nota supra, em 552: "Os anúncios são produtos potencialmente perigosos", e os anunciantes devem tomar medidas razoáveis para evitar que os consumidores sejam prejudicados por seus produtos. Mas os anunciantes não deveriam ser criticados se outras mudanças teriam piorado as coisas para os consumidores em vez de serem melhores".

⁶¹ Veja Eyal Zamir, Law, Psychology, and Morality: The Role of Loss Aversion (2014).

⁶² Veja Elliott Aronson, The Social Animal 124-25 (6th ed. 1996).

⁶³ Veja id.

uso da aversão à perda produz grandes ganhos (em termos de benefícios econômicos ou de saúde) não teríamos muito motivo para objeção.⁶⁴

Podemos identificar casos em que o uso da aversão à perdas é auto-interessado e que o contexto ao redor torna os referidos casos um exemplo genuíno de manipulação.⁶⁵ Considere por exemplo, os esforços dos bancos depois de um novo regulamento do Conselho da Reserva Federal (Federal Reserve Board) para utilizar aversão à perda, para incentivarem clientes a optarem (opt-in) por caros programas de proteção contra violação de informações, dizendo: "*Não perca a proteção do seu cartão de saques (ATM) e cartão de débito e FIQUE PROTEGIDO com cobertura de proteção do cartão de saque e cartão de débito*".⁶⁶ Nesses casos há um esforço evidente para desencadear um certo grau de alarme, e portanto, é razoável alegar que os clientes estavam sendo manipulados e a manipulação seria em detrimento dos próprios clientes.

3. Devidamente alerta a respeito da ciência comportamental sobre influências sociais,⁶⁷ um planejador pode considerar as seguintes abordagens:

- a) Informar as pessoas de que a maioria delas na sua comunidade estão envolvidas em comportamentos indesejáveis (uso de drogas, abuso de álcool, inadimplemento de impostos, atos nocivos para o meio ambiente).
- b) Informar as pessoas de que também a maioria estão envolvidas em comportamentos desejáveis.
- c) Informar que a maioria da comunidade acredita que as pessoas devem se engajar em determinado comportamento.

As duas primeiras abordagens dependem de "normas descritivas", isto é, o que as pessoas realmente fazem.⁶⁸ A segunda abordagem baseia-se em "normas de injunção", ou seja, o que as pessoas pensam que as demais deveriam fazer. Como uma questão empírica, verifica-se que as normas descritivas são normalmente mais poderosas.⁶⁹ Se o que se procura é uma mudança no comportamento, então melhor enfatizar que a

⁶⁴ Craswell, Regulating Deceptive Advertising, nota supra, at 551-555.

⁶⁵ Ver Lauren E. Willis, *When Defaults Fail: Slippery Defaults*, 80 U. Chi. L. Rev. 1155 (2012).

⁶⁶ Id. pág 1192.

⁶⁷ Para um resumo, veja Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, *Nudge* (2008).

⁶⁸ Veja Robert Cialdini, *Criando Mensagens Normativas para Proteger o Meio Ambiente*, 12 *Direções Atuais em Ciências Psicológicas* 105 (2003).

⁶⁹ Id.

maioria das pessoas realmente fazem a coisa certa.⁷⁰ Mas se a maioria das pessoas fazem a coisa errada, pode ser útil invocar Normas injuntivas.⁷¹

Supondo-se que um funcionário público esteja profundamente ciente dessas descobertas e as use, ele se dedica à manipulação? A palavra "suficientemente" também se torna relevante aqui. Sem fazer violência à linguagem comum, algumas pessoas podem achar razoável concluir que é manipulador escolher a formulação que terá o maior impacto. Pelo menos, isso é assim se as influências sociais funcionam como realmente funcionam, devido ao seu impacto no sistema automático e se elas ignoram o processamento deliberativo.⁷²

Como questão empírica, isso está longe de ser claro; a informação sobre o que outras pessoas fazem, ou o que outras pessoas pensam, pode fazer parte da deliberação reflexiva, e dificilmente contrária à reflexão. Enquanto o funcionário estiver sendo probo, tal proibidade estenderia os limites do conceito para acusá-lo de manipulação: quando as pessoas são informadas sobre o que a maioria das pessoas faz, seus poderes de deliberação estão suficientemente engajados.⁷³

4. Regras padrão muitas vezes funcionam, em parte devido à força da inércia e em parte devido ao poder da sugestão.⁷⁴ Supondo-se que uma funcionária pública esteja ciente desse fato e decida reconsiderar uma série de regras padrão para explorar a aderência de padrões. Buscando economizar dinheiro, a funcionária pode decidir em favor de um padrão de utilização de impressão em frente e verso⁷⁵ buscando reduzir a poluição, ela pode promover, ou mesmo exigir, uma regra padrão em favor da energia verde.⁷⁶ Buscando aumentar a poupança, ela pode promover ou mesmo exigir inscrição automática em planos de aposentadoria.⁷⁷

⁷⁰ Id.

⁷¹ Id.; Wesley Schultz et al., *The Constructive, Destructive, and Reconstructive Power of Social Norms*, 18 *Psych Science* 429 (2007).

⁷² Para relevantes (porém não decisivos) achados, veja Caroline J. Charpentier et al., *The Brain's Temporal Dynamics from a Collective Decision to Individual Action*, 34 *J. Neuroscience* 5816 (2014).

⁷³ Observe aqui a descoberta relacionada que, apesar do poder da sugestão e influências sociais que acompanham, as pessoas rejeitam as regras padrão que não gostam. Veja Zachary Brown et al., *Testando os Efeitos dos Padrões nas Configurações do Termostato dos Colaboradores da OCDE*, 39 *Energy Econ.* 128 (2013).

⁷⁴ Veja Eric Johnson and Daniel Goldstein, *Decisions by Default*, in *The Behavioral Foundations of Public Policy* 417 (Eldar Shafir ed. 2013); Cass R. Sunstein, *Choosing Not To Choose* (2015).

⁷⁵ Veja Johan Egebark and Mathias Ekström, *Can Indifference Make the World Greener?* (2013), disponível em http://www2.ne.su.se/paper/wp13_12.pdf

⁷⁶ Veja Cass R. Sunstein and Lucia Reisch, *Automatically Green: Behavioral Economics and Environmental Protection*, 38 *Harv Env L Rev* 127 (2014).

⁷⁷ Shlomo Benartzi & Richard H. Thaler, *Behavioral Economics and the Retirement Savings Crisis*, 339 *Science* 1152 (2013).

Essas iniciativas são manipuladoras? A medida em que as regras padrão possuem um elemento de sugestão – um tipo de sinal informacional – não são. Essas regras apelam para capacidades deliberativas na medida em que transmitem informações sobre o que os planejadores pensam que as pessoas deveriam comprar.

A análise é menos direta na medida em que as regras padrão se impõem devido à inércia: sem fazer uma escolha consciente, as pessoas acabam matriculadas em algum tipo de programa ou plano. Em certo modo, o funcionário está explorando o Sistema 1, que é propenso a inércia e procrastinação.⁷⁸ A questão é se a matrícula automática falha "suficientemente" no engajamento de reflexão e deliberação.

Ao responder essa pergunta, é relevante que um padrão de opção de ingresso (opt in) provavelmente irá funcionar, e pelas mesmas razões, o que significa que a questão é se qualquer regra padrão conta como uma das formas de manipulação. A resposta a essa pergunta é clara: a vida não pode ser navegada sem regras padrão, e enquanto o funcionário público não esconder ou suprimir qualquer coisa, a escolha de uma ou outra não deve ser caracterizada como manipuladora. As pessoas rejeitam as regras padrão que elas realmente não gostam, desde que a exclusão seja fácil – um ponto empírico a favor da conclusão é que tais regras não devam ser consideradas como manipuladoras.⁷⁹

5. Um *potpourri*. Não há dúvida de que maioria da publicidade moderna é dirigida ao Sistema 1, com pessoas atraentes, cores vivas e estética distintiva. (Considere propagandas para Viagra.) Muitas vezes, o objetivo é desencadear um afeto distintivo e, mais especificamente, alistar a "heurística da afetividade", o que coloca a questão da manipulação em alívio absoluto.⁸⁰

Os designs de sites refletem um esforço para desencadear a atenção das pessoas e colocá-la nos lugares certos.⁸¹ As empresas de telefonia celular, restaurantes e lojas de roupas usam música e cores para "emoldurar" produtos de forma distinta. Médicos, amigos e familiares (incluindo cônjuges) às vezes fazem algo bastante parecido. O romance é um exercício de manipulação? Algumas vezes, a resposta é seguramente sim,

⁷⁸ Veja Riccardo Rebonato, *Taking Liberties: A Critique of Libertarian Paternalism* 3-7 (2011).

⁷⁹ Veja Brown, nota supra; John Beshears et al., *The Limitations of Defaults* (Sept. 15, 2010) (manuscrito não publicado), disponível em: <<http://www.nber.org/programs/ag/rrc/NB10-02,%20Beshears,%20Choi,%20Laibson,%20Madrian.pdf>>.

⁸⁰ Veja *THE FEELING OF RISK: NEW PERSPECTIVES ON RISK PERCEPTION* 3-20 (Paul Slovic ed., 2010).

⁸¹ Steve Krug, *Don't Make Me Think Revisited: A Common Sense Approach to Web and Mobile Usability* (2014).

embora a questão de "suficientemente" possa conduzir a desafios especiais nesse contexto.⁸²

Atuando como defensores, os advogados podem estar envolvidos em manipulação; isso é parte de seu trabalho, certamente frente a um júri. O mesmo pode ser dito sobre alguns aspectos da prestação de cuidados médicos, quando os médicos desejam que os pacientes escolham opções particulares e adquiram técnicas de comportamento informado para manipulá-las e fazê-las. Ou considere certos usos das mídias sociais – como, por exemplo, quando o Facebook tentou afetar (manipular) as emoções de 689.003 pessoas, por meio da exibição de histórias positivas ou negativas para ver como as imagens afetarariam seu humor.⁸³ Uma grande quantidade de condutas, não obstante serem provenientes de relações familiares, podem ser consideradas como manipuladoras em sentido relevante.

3. O que existe de errado com a manipulação assim compreendida?

A. Autonomia e dignidade

1. *Respeito*. O problema mais óbvio com a manipulação é que ela pode insultar tanto a autonomia como a dignidade. Do ponto de vista da autonomia, o problema é que a manipulação pode privar as pessoas em assumir uma postura ativa, inertes em um “continuum” para o qual a coerção é o ponto final. (Se as pessoas são manipuladas para comprar um produto, elas podem se sentir coagidas.) Do ponto de vista da dignidade, o problema é que a manipulação pode ser humilhante. Adultos saudáveis, que não sofrem de falta de capacidade, não devem ser enganados; eles devem ser tratados como totalmente capazes para tomar suas próprias decisões. Sua autoridade sobre suas próprias vidas não deve ser prejudicada por abordagens que os tratam como crianças ou como fantoches. Um ato de manipulação não trata as pessoas com respeito.⁸⁴

Suponhamos que alguém pense: "Quero que todos os meus amigos façam certas coisas,

⁸² Não estou ciente de nenhum tratamento detalhado desta questão, mas para uma discussão relevante, veja Eric Cave, *Sedução e Manipulação Unsavory*, em *Manipulation*, nota supra, pág 176.

⁸³ Veja Adam Kramer et al., *Experimental Evidence of Massive-Scale Emotional Contagion Through Social Networks*, 111 PNAS 8788 (2014).

⁸⁴ Veja Marcia Baron, *Manipulativeness*, 77 *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 37 (2003), e em particular esta sugestão: "Em contraste, a pessoa que tem a virtude correspondente à manipulação – uma virtude pela qual não fazemos, eu acredito, tem um nome – sabe quando é apropriado tentar trazer uma mudança na conduta de outra pessoa e faz isso pelas razões certas, para os fins certos e somente onde é justificado (e vale os riscos) e apenas usando meios aceitáveis. A pessoa virtuosa tenta raciocinar com a outra, não persuadir ou enganá-lo a atuar de forma diferente... ser manipulador é um vício por causa de sua arrogância e presunção, e porque a pessoa manipuladora é muito rápida para recorrer a ruses..." Id. Pág. 48, 50.

e eu conheço uma série de estratégias para que elas façam essas coisas. Eu li uma grande quantidade de psicologia e ciência comportamental, incluindo o melhor trabalho sobre influência social, e meu projeto é usar o que eu conheço para manipular meus amigos".⁸⁵ Essa pessoa não respeitaria a autonomia de seus amigos. Ela os usaria como seus instrumentos. De fato suas ações seriam inconsistentes com a natureza da própria amizade, tendo em vista que a amizade implica uma relação que não é estritamente instrumental.

Agora volte-se para o caso do governo. Suponha que os funcionários públicos – suponhamos no escritório de um governador – aprendem de maneira semelhante sobre como influenciar as pessoas e que eles decidam usar o que aprenderam para alcançar determinados objetivos políticos.

Suponha que alguns dos instrumentos relevantes citados tentem subverter ou ignorar a deliberação. Precisamos conhecer os detalhes – do que, exatamente, eles estão fazendo? – também pode ser justo dizer que manipulação está envolvida e que os funcionários públicos não respeitam suficientemente a autonomia de seus cidadãos.⁸⁶ Novamente precisamos conhecer os detalhes, mas também pode ser considerado justo dizer que tais funcionários não estão tratando os cidadãos com respeito; podem estar usando eles como instrumentos ou como marionetes para seus próprios fins (ou para fins de espírito público que eles talvez favoreçam).⁸⁷

2. Função. Devemos ver nesta luz, que o tipo de função é importante para a avaliação da manipulação. Suponha que Jones esteja tentando obter um emprego. Não é inaceitável que Jones tente fazer com que os futuros empregadores gostem dele e, se Jones aprende sobre a influência social e as operações do Sistema 1, dificilmente seria ilegítimo para ele aproveitar vantagens do que ele aprendeu. Existem limites éticos a respeito sobre o que Jones pode fazer, e mesmo para alguém que procura um emprego, as formas mais flagrantes de manipulação cruzariam a linha.

Em interações ou relacionamentos que são instrumentais, e assim entendidos, as restrições deontológicas são enfraquecidas ou pelo menos diferentes. Em uma campanha publicitária todos sabem a natureza da interação. A manipulação é a moeda do reino. O objetivo dos anúncios é vender produtos e, enquanto podemos encontrar

⁸⁵ Uma fonte clássica aqui é Robert Cialdini, *Influence* (2006); Outro clássico, muito menos acadêmico, mas altamente informativo, é Dale Carnegie, *How to Win Friends and Influence People* (1998). Ambos os livros podem ser vistos como oferecendo um grande conselho sobre manipulação bem-sucedida.

⁸⁶ Veja Sunstein, *Ethics and Choice Architecture*, nota supra, para uma discussão detalhada.

⁸⁷ Nudges não correm necessariamente contra esta conclusão, pelo menos na maioria das vezes. Veja id.

apresentações puramente factuais, muitos anúncios não apelam para reflexão ou deliberação.

Eles tentam criar certos estados de espírito e associações. Algo parecido pode ser dito sobre alguns aspectos das campanhas políticas. A relação entre uma campanha e os eleitores têm um caráter instrumental: as campanhas querem votos e todos entendem isso. No processo eleitoral, ambos, anúncios e discursos terão características manipuladoras. Seria extravagante dizer que em tais casos as pessoas consentiram com a manipulação em todas as formas imagináveis. Aqui também as linhas podem ser cruzadas,⁸⁸ mas é importante que as pessoas estejam cientes da natureza distintiva de cada emprego relevante.

Outros papéis são acompanhados por normas diferentes, e a manipulação pode não corresponder ou mesmo violar essas normas. Quando os governos lidam com seus cidadãos, eles enfrentam normas radicalmente diferentes das que são aplicáveis nas campanhas políticas. Pelo menos é assim em sociedades livres e democráticas em que é compreensível que o público seja soberano. Com certeza, os funcionários públicos dificilmente estão proibidos de enquadrar opções de uma maneira mais favorável nas opções que eles preferem escolher. À medida que as características manipuladoras de suas ações se tornam mais extremas, o escopo da objeção legítima torna-se maior.⁸⁹

B. Bem-estar

Suponhamos que somos bem-estaristas e que acreditamos que o que importa é como a vida das pessoas está indo.⁹⁰ Suponha também que nos preocupemos com violações da autonomia e dignidade somente na medida em que tais violações afetem as experiências subjetivas das pessoas (por exemplo, fazendo com que elas se sintam confinadas ou humilhadas). Se for o caso como devemos pensar sobre a manipulação?

O que deve ficar claro é que não há tabu na prática. Como veremos a manipulação pode promover o bem-estar das pessoas. No entanto há uma objeção distintiva na perspectiva do bem-estar social à manipulação, que assume a seguinte forma: como regra geral os optantes sabem o que é de seu melhor interesse (pelo menos se eles são adultos e se eles

⁸⁸ Veja Oren Bar-Gill, *Seduction By Contract* (2012), para uma discussão interessante.

⁸⁹ Veja Goodin, nota supra.

⁹⁰ Estou meticulando aqui várias perguntas sobre como o bem-estar é mais bem compreendido. É possível ter uma concepção do bem-estar que inclua a consideração da autonomia e da dignidade. Veja Amartya Sen, *Development As Freedom* (2000); Martha Nussbaum, *Creating Capabilities* (2011); Utilitarismo e Welfarismo, 76 *J Phil* 463 (1979). Para uma discussão instrutiva veja, Matthew Adler, *Welfare and Fair Distribution* (2011).

não sofrem de um problema de capacidade⁹¹).

Eles têm acesso exclusivo a suas situações, seus constrangimentos e seus gostos.⁹² Se são manipulados eles são privados da capacidade (completa) de fazer escolhas por conta própria, simplesmente porque não lhes é oportunizada uma chance justa ou adequada de pesar todas as variáveis. Se alguém quiser ajudar as pessoas a fazer melhores escolhas, sua obrigação é informá-las para que possam se engajar nessa aferição de pesos.

O problema com o manipulador é que ele não tem conhecimento relevante – sobre a situação, os gostos e os valores do optante.⁹³ Com a ausência desse conhecimento ele subverte o processo pelo qual os optantes tomam suas próprias decisões sobre o que é melhor para si próprios. As coisas ficam ainda piores se o manipulador se concentrar em seus próprios interesses e não nos interesses dos optantes. É nesse sentido que se pode dizer que um manipulador auto-interessado está roubando as pessoas – tanto limitando sua agência quanto movendo seus recursos em direção preferida.

Por estas razões a objeção do bem-estar ao paternalismo está enraizada nas mesmas preocupações que subjazem ao Princípio do Dano da Mill. Na opinião da Mill, o problema com pessoas de fora, incluindo funcionários do governo, é que eles não têm a informação necessária. Mill insiste que o indivíduo "é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar"⁹⁴ e o "homem ou mulher comum tem meios de conhecimento incompreensivelmente, superando aqueles que podem ser possuídos por qualquer um".⁹⁵ Quando a sociedade procura invadir o julgamento do indivíduo, ele faz isso com base em "presunções gerais", e estes "podem ser completamente errados e, mesmo que sejam corretos, são tão prováveis quanto não serem aplicados incorretamente a casos individuais".⁹⁶ Esses pontos se aplicam aos pontos que estão envolvidos em manipulação, em mesmo grau do que aqueles envolvidos na coerção.

⁹¹ Uma criança, ou uma pessoa que sofre de alguma forma de demência, tem uma resistência mais fraca à manipulação. Os pais manipulam crianças pequenas o tempo todo, em parte para promover seu bem-estar. Os cuidadores manipulam pessoas que sofrem de demência. Essas práticas são largamente aceitas, mas podemos imaginar situações em que levariam sérias questões éticas. Mesmo que a manipulação relevante seja do interesse daqueles que estão sendo manipulados, os interesses em autonomia e dignidade impõem restrições até aqui.

⁹² Veja Hayek, nota supra.

⁹³ Id.

⁹⁴ Mill, nota supra.

⁹⁵ Id.

⁹⁶ Id.

Não obstante os pontos mencionados, deve ficar claro que, do ponto de vista do bem-estar, não deve haver proibição de manipulação.⁹⁷ Tudo dependerá se a manipulação melhora o bem-estar das pessoas. Imagine um manipulador benigno, bem-entendido e que promova o bem-estar – uma espécie de pai idealizado – que se preocupa apenas com o bem-estar daqueles que estão sendo manipulados, que tem todo o conhecimento que ele precisa e que simplesmente não cometa erros. Hipoteticamente o manipulador de promoção do bem-estar deve ser celebrado com fundamentos bem-estaristas. A principal qualificação é que, se as pessoas sabem que estão sendo manipuladas e não gostam da ideia, haverá perda de bem-estar e essa perda terá que ser computada na avaliação geral. Se as pessoas odeiam manipuladores, a manipulação é menos propensa a ser apoiada por motivos de bem-estar (a menos que ela esteja escondido, o que suscita problemas próprios).⁹⁸

No momento, deixamos esse ponto de lado. O principal problema com o experimento exposto é que os manipuladores provavelmente não são benignos ou oni-presentes. Muitas vezes eles têm suas próprias agendas e o fato de que eles se envolvem em manipulação atesta esse fato. Se eles estão genuinamente preocupados com o bem-estar do optante, por que não tentar persuadi-los? Por que atravessar a linha para a manipulação?

Para fins de precisão o manipulador pode ser capaz de responder a esta pergunta se, por exemplo, o tempo for essencial à escolha, ou se o optante não tiver capacidade (porque, por exemplo, ele é uma criança ou está muito doente).

Suponha que os avisos gráficos de saúde apontados diretamente ao Sistema 1, salvem inúmeras vidas; suponha também que inúmeras vidas não podem ser salvas com uma apresentação meramente factual, não acompanhada por avisos gráficos de saúde. Em bases bem-estaristas, inúmeros argumentos podem ser ditos em prol das advertências gráficas de saúde.⁹⁹

⁹⁷ Note-se que a questão aqui é se a manipulação aumenta ou diminui o bem-estar; não é se a lei, ou algum regulador, deve proibir a manipulação. A última questão levanta aspectos sobre competência institucional e custos de decisão. Ela também requer atenção no que diz respeito ao efeito da manipulação em grandes populações com entendimentos heterogêneos. Em resposta a uma campanha publicitária, por exemplo, algumas pessoas podem ser manipuladas (no sentido de que o Sistema 1 é essencialmente tudo o que é afetado) enquanto outros não são (porque a campanha desencadeia uma quantidade significativa de deliberações).

⁹⁸ A manipulação oculta é arriscada, porque pode ser divulgada, e as pessoas não ficarão felizes por saber que a mesma foi ocultada.

⁹⁹ Christine Jolls, Product Warnings, Debiasing, and Free Speech: The Case of Tobacco Regulation, 169 J Institutional and Theoretical Economics 53 (2013).

O exemplo mostra que do ponto de vista do bem-estar, tudo depende do contexto; o fato de que a manipulação está envolvida não ataca necessariamente o cálculo de quantificação de bem-estar do manipulador. Ocorre que em muitas situações a suspeição sobre os objetivos dos manipuladores está perfeitamente justificada. Deve-se acrescentar que mesmo quando esses objetivos são admiráveis, os manipuladores talvez não possuam conhecimento suficiente para justificar suas ações. Considere a notável sugestão de Friedrich Hayek de que "a consciência de nossa ignorância irremediável da maior parte do que é conhecido por alguém [que é um planejador] é a base principal do argumento para a liberdade".¹⁰⁰ Retornaremos neste ponto e na questão da regulação, na Parte VI.

4. Consentimento, transparência, democracia

A. Manipulação com consentimento: "Eu dou as boas vindas!"

Suponha que as pessoas concordem com a ideia de manipulação.¹⁰¹ Um alcoólatra pode dizer a sua esposa: "Estou tentando de forma veemente parar. Por favor use as técnicas que você possa imaginar para me ajudar. Manipulação está preponderantemente sobre a mesa. Eu aceito isso!" Ou suponha que a maioria esmagadora dos fumantes diga ao seu governo: "Eu quero parar! Se você pode encontrar uma maneira de me ajudar a superar meu vício ficarei grato".

T. M. Wilkinson observa que é agressivo dizer que a manipulação infrinja a autonomia, porque "a manipulação poderia ser consentida. Se fosse consentida do jeito certo, a manipulação seria, pelo menos, consistente com a autonomia e poderia contar como um desenvolvimento desta".¹⁰²

A conclusão tem grande quantidade de força. Podemos entender o consentimento como uma sugestão de suporte do Sistema 2, o que pode estimular uma pequena dose de manipulação (ou possivelmente uma grande dose) como forma de acomodar os efeitos adversos do Sistema 1. O conto de Ulysses e as Sereias é instrutivo aqui se Ulysses estava requerendo manipulação ou outra coisa.¹⁰³

¹⁰⁰ Veja Hayek, *The Market and Other Orders*, nota supra (ênfase adicionada).

¹⁰¹ Em uma visão, o conceito de manipulação pressupõe uma falta de consentimento. Veja Robert Goodin, *Manipulatory Politics* 9 (1980) (discutindo a ideia de "interferência desconhecida"). Mas os exemplos apresentados no texto sugerem que a manipulação pode ser um produto do consentimento e mesmo do convite.

¹⁰² Wilkinson, nota supra, pág 345.

¹⁰³ Veja Jon Elster, *Ulysses e as Sereias* (1983).

Também não existe objeção, no caso do consentimento, do ponto de vista do bem-estar. O optante decidiu que sua qualidade de vida será melhor se ele for manipulado. Se considerarmos sua escolha como uma forma de promoção presumível de seu bem-estar, devemos respeitá-la, mesmo que sua escolha seja manipulação.

Nos casos mais fáceis o consentimento é explícito. Em casos difíceis é apenas implícito, no sentido de que ou o manipulador infere-o das circunstâncias ou acredita, com bom motivo, que o optante consentiria se solicitado. Se a inferência for menos confiável, a justificação do consentimento é enfraquecida de forma correspondente. Se a crença é razoável, porém potencialmente equivocada, pode fazer sentido insistir em obter o consentimento explícito para evitar o risco de erro.

É importante ver que a manipulação consensual é um caso incomum; aqueles que precisam de ajuda normalmente não pedem: "Por favor, manipule-me". Esses casos certamente existem, pelo menos quando as pessoas enfrentam sérios problemas de auto-controle.

B. Transparência e manipulação

A ideia de manipulação às vezes implica em uma falta de transparência, como se algo importante fosse escondido ou não divulgado.¹⁰⁴ Se um manipulador está agindo como um marionetista, ele pode estar falhando em revelar seu próprio papel; essa pode ser uma característica importante da manipulação. No que diz respeito à manipulação, no entanto, não é inteiramente claro o que a transparência efetivamente significa.¹⁰⁵

Por vezes a própria manipulação consiste em uma falta de transparência sobre uma característica relevante em determinada situação; essa é a própria manipulação envolvida. (Um pai diz a uma criança pequena: se você é muito bom, o Papai Noel trará para você uma girafa de brinquedo.) Uma vez que o traço relevante é destacado a ideia de manipulação desaparece. O caráter manipulador de alguns atos não se configura em

¹⁰⁴ Ver Goodin, nota supra, at 7-12.

¹⁰⁵ A respeito de Nudge, Transparência e Manipulação, veja Hansen e Jespersen, nota supra.

sua qualidade oculta. (Relembre o uso da redução do risco relativo). Alguns atos podem ser manipulativos e totalmente revelados aos que estão sendo manipulados.¹⁰⁶

Exemplificando, um aviso gráfico de saúde é perfeitamente transparente (e se for exigido por regulação, será provavelmente precedido por um período de comentários públicos).¹⁰⁷ A publicidade subliminar pode ser precedida por um aviso explícito: "Este filme contém publicidade subliminar".

Na cena central do Mágico de Oz, o Feiticeiro diz: "Não preste atenção ao homem que está por trás da cortina". O homem que está por trás da cortina é, naturalmente, um mero ser humano que está falando como o grande Mágico – e quem é, ou quem está reivindicando muito mais autoridade do que ele merece e projetando situações sociais de uma forma que oculte características que, se reveladas, alterariam os julgamentos e as escolhas das pessoas.

Considere um filme menos famoso, o show de Truman, no qual o curso de vida de Truman, o herói-protagonista, é afetado por múltiplas decisões de um mestre manipulador, que esconde os fatos de que Truman é a estrela involuntária de um programa de televisão e que seus amigos e conhecidos consistem em atores.

Omissão e ocultação são características comuns da manipulação. Sempre que as pessoas que impõem sua influência escondem seu próprio papel, parece razoável apresentar objeções. A falta de transparência ofende a autonomia e a dignidade.

Do ponto de vista do bem-estar, podemos perguntar por que, exatamente, alguém não conseguiu ser franco com o optante, que deveria tomar suas próprias decisões, armado com informações relevantes. Contudo, como antes, a análise do bem-estar é mais complexa, pois podemos imaginar casos em que a transparência não é necessária e pode, de fato, ser um problema. Suponha que alguém sofra de um grave problema de autocontrole e que sua vida está em perigo (decorrente, digamos, álcool ou dependência de drogas).

¹⁰⁶ Veja George Loewenstein et al., *Warning: You Are About To Be Nudged* (2014) (manuscrito não publicado). Para achados relevantes, veja Gidon Felsen et al., *Melhoramento Decisional e Autonomia: Atitudes Públicas para Deslocamentos Overtados e Covertentes*, 8 *Julgamento e Tomada de Decisão* 203 (2012). Sobre o fato de que a manipulação pode ser transparente ao invés de oculta, veja Barnhill, *supra* nota: "Eu acho que o engano ou o encobertamento é uma técnica favorita de manipuladores – a manipulação é mais provável de ter sucesso se seu alvo não perceber o que está acontecendo. Mas a manipulação não precisa ser encoberta. Covertness não é o que é definitivo em termos de manipulação".

¹⁰⁷ Como foi o caso do regulamento da FDA invalidado pelo tribunal de recursos. Veja nota *supra*.

Suponhamos também que um manipulador encontrou uma estratégia de salvar vidas e que a transparência tornaria a manipulação menos efetiva. Por hipótese, as considerações dos bem-estaristas argumentam contra a transparência. Pontos desse tipo têm a força intuitiva mais forte quando aplicada a pessoas que não possuem capacidade (crianças pequenas, doentes mentais), mas podemos imaginar contextos em que os adultos com capacidade total se beneficiem de serem manipulados.¹⁰⁸

Pode haver também uma justificativa do ponto de vista do bem-estar para uma manipulação oculta em outras circunstâncias extremas como, por exemplo, quando as pessoas estão tentando evitar um seqüestro ou salvar uma vítima de seqüestro. Se o objetivo é parar um malfeitor, ou alguém que ameaça causar um dano real, pode ser perfeitamente aceitável ou mesmo obrigatório manipulá-los e esconder esse fato. Eles perderam o direito de serem tratados com respeito e seu bem-estar, como optantes, não é motivo de grande preocupação.

No entanto em casos padrão este argumento não estará disponível. Segue-se que, na maioria das vezes, a manipulação não deve ser ocultada ou encoberta mesmo que seja justificável; retorne ao caso de avisos gráficos de saúde. A transparência é uma condição necessária, observe, no entanto, que não é suficiente.¹⁰⁹

A publicidade subliminar não seria aceitável apenas porque as pessoas estariam informadas a respeito. Se uma cadeia de filmes anunciasse que suas visualizações seriam preenchidas com propagandas subliminares, as pessoas poderiam razoavelmente se opor.

C. Manipulação democraticamente autorizada

E se a manipulação for democraticamente autorizada? Suponha que um legislador nacional expressamente vote por ela, talvez para melhorar a saúde pública (como, por exemplo, desencorajando o tabagismo ou alimentação insalubre), ou talvez para promover outros objetivos (como o alistamento no exército ou a adoção da atual preferida ideologia). Em casos relativamente benignos envolvendo pouca ou nenhuma manipulação, uma legislatura pode apoiar uma campanha educacional destinada a

¹⁰⁸ Sarah Conly, *Against Autonomy* 149-72 (2012), oferece uma série de casos em que, segundo ela, a coerção é justificada, entre outras coisas, por razões de bem-estar. Se a manipulação passou nos testes relevantes (envolvendo análise custo-benefício e custo-efetividade, id. pág 150-52), seria justificada por motivos semelhantes. Conly oferece notas cautelares sobre manipulação, apontando seu relacionamento desconfortável com a autonomia. Identidade. às 30-31.

¹⁰⁹ Veja Hansen and Jespersen, nota supra.

reduzir doenças e óbitos e que alista uma série de estratégias informadas ao comportamento visando o Sistema 1 para atingir seus objetivos.

Deve ficar claro que a autorização democrática não deve, por si só, dissolver objeções de outra forma razoáveis à manipulação. Os problemas mais óbvios surgem se o legislador nacional tiver fins ilegítimos (digamos, a inculcação de preconceito racial ou auto-retratamento de algum tipo). Mas as objeções familiares envolvendo autonomia, dignidade e bem-estar, aplicam mesmo se os fins são legítimos. Se uma legislatura nacional autoriza a publicidade subliminar, continua a ser totalmente possível se opor por razões de autonomia e dignidade. Uma objeção do ponto de vista do bem-estar também é possível: por que o processo democrático autoriza a manipulação em vez de algum outro tipo de comunicação?

Certamente poderíamos entender a autorização democrática como uma forma de consentimento majoritário ou coletivo, sugerindo o suporte do Sistema 2, o que pode considerar bem-vinda uma pequena manipulação (ou possivelmente muita manipulação) como forma de acomodar os efeitos adversos do Sistema 1. Geralmente existem riscos evidentes na autorização de funcionários públicos para prosseguir com esta linha de argumentação.

A objeção à manipulação vem de indivíduos que não querem ser manipulados; o fato de que uma maioria quer manipulá-los não é defesa.

Em certos contextos, o argumento em nome de pelo menos um modesto grau de manipulação pode não ser implausível, e é fortalecido se o processo democrático o suportar. Imagine uma campanha de educação pública destinada a reduzir os riscos associados ao envio de mensagens de texto durante a direção¹¹⁰, ou um esforço para combater o uso de drogas perigosas ou até mesmo para convencer as pessoas a permanecerem na escola. Muitas dessas campanhas são vivas e têm um componente emocional; eles podem ser entendidos como esforços para combater os problemas de autocontrole e focar as pessoas no longo prazo.¹¹¹

Se o governo está visando o Sistema 1 – talvez através do enquadramento, talvez através de apelos emocionalmente evocativos – pode estar respondendo ao fato de que o Sistema 1 já foi alvo e utilizado detrimento das pessoas. No contexto dos cigarros é

¹¹⁰ Veja nota supra.

¹¹¹ Certamente, campanhas educacionais desse tipo podem não ser consideradas como manipulações, porque as capacidades deliberativas são suficientemente estimuladas.

plausível dizer que as manipulações anteriores, incluindo a publicidade e as normas sociais, influenciaram as pessoas a se tornarem fumantes. Se assim for talvez possamos dizer que os funcionários públicos estão autorizados a enfrentar fogo com fogo. Mas algumas pessoas podem insistir que dois erros não fazem um acerto e caso o governo procura levar as pessoas a parar de fumar, deve tratá-las como adultos e atrair suas capacidades deliberativas.

Lembramos que há graus de manipulação, e há grande diferença entre uma mentira e um esforço para enquadrar uma alternativa em luz atraente, desagradável ou feia. Na vida comum não seríamos susceptíveis de acusar nossos amigos ou amados de manipulação se caracterizassem uma abordagem como favorita pela maioria dos membros do nosso grupo de pares, ou se enfatizassem as perdas que poderiam acompanhar uma alternativa que abominam ou se eles acompanharam uma descrição de uma opção com um olhar pejorativo e uma carranca. Estas são formas suaves de manipulação e é importante ver que as formas suaves podem ser aceitáveis e benignas (e um pouco divertidas) se promovem os interesses das pessoas a quem destinam. Nenhum sistema legal tem um delito geral chamado "exploração de viés cognitivos".

D. Unificando costas

Se os vários argumentos forem reunidos poderemos avaliar os atos de manipulação com a ajuda da seguinte tabela:

	Benigno e informado	Maligno ou desinformado
Não é altamente manipulador	Aceitável por motivos de bem-estar; Pode ser aceitável por referência à autonomia ou dignidade	Inaceitável
Altamente manipulador	Aceitável por motivos de bem-estar; Censurável em termos de autonomia e dignidade	Altamente inaceitável

A tabela auxilia em orientar a resposta apropriada à manipulação do ponto de vista da ética, da política e do direito, e, de fato, capta intuições generalizadas. Na célula inferior direita, podemos encontrar ações de funcionários públicos auto-interessados ou venais

tanto em sistemas antidemocráticos¹¹² como também ocasionalmente em países democráticos.¹¹³

No canto superior direito, podemos encontrar declarações tolas ou venais ou ações de atores particulares e públicos que não ignoram completamente as capacidades deliberativas das pessoas, mas isso dificilmente faz justiça a elas. Muitas agências governamentais e muitas empresas comuns atuam de acordo com a célula superior esquerda; elas retratam seu comportamento em uma luz atraente, e elas tentam atrair atenção favorável, mas a forma particular de manipulação dificilmente é explícita. Alguns governos às vezes, atuam de uma maneira que se encaixa na célula inferior esquerda, talvez especificamente com campanhas gráficas.

A matriz também fornece um início em direção a uma análise de como o sistema legal deve responder à manipulação. Do ponto de vista do bem-estar a questão central é se os benefícios de restringir a ação manipulativa ou declaração manipulativa justificam os custos. Para responder essa pergunta, precisamos saber o que aconteceria se a ação ou declaração não fosse feita (ou fosse transformada em uma versão não manipulativa).

A este respeito a análise da manipulação acompanha de perto a análise do engano.¹¹⁴ Os custos da manipulação dependem em grande parte se o manipulador está maligno ou desinformado. Na medida em que é, existe o risco de graves perdas de bem-estar. Suponha que um anunciante faça parte de um processo competitivo que funcione bem e que seu anúncio inclua um certo grau de manipulação para vender um determinado produto. Se o processo competitivo estiver realmente funcionando bem, os consumidores provavelmente não perderão muito, e as pressões do mercado irão disciplinar o uso e a eficácia da manipulação.¹¹⁵

A questão então é se existe algum tipo de falha de mercado, de modo que o comportamento manipulador possa persistir ou ser recompensado. À luz dos problemas de informação e dos comportamentos a resposta provavelmente será afirmativa, pelo menos em alguns mercados.¹¹⁶

¹¹² Veja nota supra.

¹¹³ Veja Goodin, nota supra, para muitos exemplos.

¹¹⁴ Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, nota supra.

¹¹⁵ Veja Edward L. Glaeser, *Paternalism and Psychology*, 73 U. Chi. L. Rev. 133 (2006).

¹¹⁶ Veja Bar-Gill, nota supra.

Naturalmente os consumidores terão diversos entendimentos e reações às declarações e ações que, de forma plausível, se enquadram na categoria de manipulação.¹¹⁷ Os testes empíricos de populações representativas podem se mostrar altamente informativas aqui. O fato de entendimentos heterogêneos criará sérios desafios para os reguladores que procuram evitar formas de manipulação prejudiciais. Contudo alguns atos de manipulação são tão claramente reducionistas do bem-estar que faz sentido restringi-los.

5 Manipulação, liberdade de expressão e proteção ao consumidor

Sob a doutrina estabelecida o governo pode regular ameaças;¹¹⁸ também pode regular a fala comercial falsa ou enganosa¹¹⁹ e certas formas de discurso coercivo.¹²⁰ Pode também regular a manipulação? Também é claro que o governo pode compelir certos tipos de discurso.¹²¹ Mas ele pode compelir um discurso que é discutivelmente manipulador?

A. Discurso compelido

Como teste considere os esforços da Food and Drug Administration (FDA) para exigir pacotes de cigarros para conter avisos de saúde gráficos. O Tribunal de apelação invalidou o requisito dos fundamentos da primeira alteração concluindo que a FDA não possuía provas suficientes para justificar o discurso compelido.¹²² Ao julgar, o Tribunal não enfatizou a natureza discutivelmente manipuladora das advertências gráficos. Mas a opinião do Tribunal inferior fez exatamente isso.¹²³ O Tribunal considerou relevante que "os requisitos da regra da imagem gráfica não são tipos de divulgações puramente factuais e não controversas que são passíveis de análise sob este padrão menos rigoroso".¹²⁴

Ele acrescentou de forma plausível que, "é bastante claro ver que a resposta emocional que essas imagens foram criadas para induzir é calculada para provocar que o espectador abandone, ou nunca comece, a fumar: um objetivo totalmente separado da divulgação de informações puramente factuais e incontroversas".¹²⁵

¹¹⁷ Veja Craswell, *Interpreting Deceptive Advertising*, nota supra, pág 672-75.

¹¹⁸ *Watts v. United States*, 394 US 705 (1969).

¹¹⁹ *Virginia State Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976).

¹²⁰ Veja nota supra.

¹²¹ Veja nota, *The Future of Government-Mandated Health Warnings*, 163 U. Pa. L. Rev. 177 (2014).

¹²² Veja nota supra.

¹²³ *Veja RJ Reynolds v. FDA*, F. Supp. (2011).

¹²⁴ Id. at

¹²⁵ Id. at

O Tribunal concluiu que quando o governo forçar um discurso que não envolva o "puramente factual e incontroverso", tem que enfrentar uma maior carga de justificação.

A ideia central aqui não tem apoio nas decisões da Suprema Corte, mas tem algum apelo: a primeira emenda impõe barreiras particulares aos esforços do governo para exigir discursos que não simplesmente apelam para capacidades deliberativas ou reflexivas, mas que envolve e tenta ativar o Sistema 1. Neste sentido não há uma regra firme contra um discurso manipulador convincente desse tipo (desde que não seja falso ou enganoso), mas se o governo estiver envolvido em tal compulsão, ele deve ter uma forte força justificadora para fazê-lo.

Esta análise levanta uma variedade de questões. Os avisos gráficos contam como manipuladores? Eles são certamente projetados para criar uma resposta visceral (e eles fazem exatamente isso), mas a questão é se eles não envolvem ou apelam suficientemente à capacidade das pessoas de escolha reflexiva e deliberativa. A resposta deve vir da especificação da ideia de "suficientemente". Existe um componente empírico para a especificação: o que as pessoas entendem depois de verem as advertências? Suponha que para uma grande parte da população, o entendimento seja realmente melhorado. Se assim for, há um bom argumento de que a manipulação não está envolvida¹²⁶ mas suponha que a compreensão não seja melhorada. Então, os avisos podem ser justificados?

Poderíamos imaginar dois tipos de justificativas. O primeiro é bemestarista: avisos gráficos de saúde irão salvar um número significativo de vidas, e informações puramente factuais terão um efeito muito mais fraco. Se assim for, as advertências gráficas de saúde têm uma justificativa suficiente. O segundo está enraizado na autonomia: os fumantes e os potenciais fumantes, não apreciam suficientemente os riscos para a saúde do tabagismo, e as advertências gráficas podem promover uma espécie de "descamação" que a informação estatística não fornece.¹²⁷ Neste ponto pode ser adicionado que o regulamento do governo dificilmente está sendo imposto em um quadro em branco.

Lembramos que os esforços para promover o tabagismo envolvem alto grau de manipulação – retratando fumantes felizes e atraentes – e o governo pode

¹²⁶ Veja Jolls, nota supra.

¹²⁷ Id.

legitimamente responder. À luz do número de vidas em risco e da evidência subjacente, esses tipos de justificações parecem suficientes no contexto particular do tabagismo.

B. Regulando Manipulação

O governo deveria regulamentar a manipulação? E o contexto do discurso político? Publicidade comercial? Podemos imaginar ou encontrar casos atrozos em que é tentador dizer que deveria, mas as barreiras da primeira emenda são rigorosas.

1. *Discurso político e figuras públicas*. No contexto do discurso político, o caso principal é da *Hustler Magazine v. Falwell*,¹²⁸ onde o Tribunal disse que a primeira emenda protegeria uma paródia, no caso retratando o ministro protestante Jerry Falwell como envolvido em um ato incestuoso com sua mãe em uma dependência. A paródia era satírica; Também pode ser vista como uma forma de manipulação, projetada para levar os leitores a ver Falwell como uma figura ridícula e também um hipócrita. Nos termos aqui usados, a paródia foi um esforço para atrair diretamente o Sistema 1, de modo que as pessoas não pudessem respeitar Falwell à mesma luz no futuro.

O Tribunal decidiu por unanimidade que a primeira emenda protegeu a paródia. O Tribunal reconheceu que para evitar danos genuínos, os Estados poderiam regular falsas declarações de fato, que "são particularmente despidas de valor; elas interferem com a função de busca da verdade do mercado das idéias e causam danos à reputação de um indivíduo que não podem ser facilmente reparados pela contraposição de discursos, por mais persuasivos ou eficazes que estes sejam".¹²⁹

No entanto a sátira deve ser tratada de forma diferente: "Caso considerássemos de outra forma, não há dúvida de que os cartunistas políticos e os satíricos seriam submetidos à indenizações, sem mostrar que seu trabalho falsamente difamou o seu sujeito objeto".¹³⁰

Mesmo as formas mais escandalosas de sátira são protegidas, porque a ideia de ultraje tem "uma subjetividade inerente que permitiria que um júri impusesse responsabilidade com base nas preferências, gostos ou pontos de vista dos jurados, ou talvez com base em sua aversão a uma forma de expressão particular".¹³¹

¹²⁸ 485 US 46 (1988).

¹²⁹ Id. at 52.

¹³⁰ Id. at 53.

¹³¹ Id. at 54.

Para se ter certeza o raciocínio do Tribunal não foi excessivo. O Tribunal reconheceu que o padrão de "malícia real" – que permite a indenização de danos por declarações conhecidas como falsas ou feitas com imprudente indiferença em relação a verdade ou falsidade¹³² – seria aplicável se os leitores tivessem adotado a paródia como retratando fatos reais.¹³³

Os leitores não poderiam interpretar assim a paródia aqui exposta. Este ponto deixa aberta a possibilidade de que, mesmo no domínio político, certas formas de manipulação poderiam ser reguladas se os leitores ou telespectadores fossem indubitavelmente induzidos ao erro. Tendo em vista o fato de que o Tribunal recusou-se a criar uma exceção geral à primeira emenda, mesmo para falsas declarações de fato,¹³⁴ qualquer esforço para regular o discurso manipulador no contexto político se depararia com severos problemas.¹³⁵

Com o design de quaisquer restrições sobre tal discurso, existem questões independentes de imprecisão e excesso de popularidade. Se um governo quiser proibir as formas mais flagrantes de manipulação no contexto político, o que exatamente diria? Poderia aqui arriscar uma definição de manipulação, mas não é exatamente fácil adaptar essa definição para se adequar a uma disposição de direito civil ou penal. A manipulação tem muitos tons – o que significa que qualquer esforço para restringi-la provavelmente seria muito vago e amplo.

2. Discurso comercial. O contexto da publicidade comercial é diferente, porque o ônus sobre os reguladores é mais leve.¹³⁶ Aqui também os obstáculos da primeira emenda são formidáveis. Enquanto o discurso relevante não for falso nem enganador, o governo precisaria de uma justificativa poderosa para impor uma regulamentação.¹³⁷

As questões de definição permanecem graves, e mesmo que elas possam ser resolvidas, seria plausível dizer, no espírito geral do precedente da *Hustler Magazine*, que o

¹³² *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹³³ 485 US at 56.

¹³⁴ *United States v. Alvarez*, 567 US – (2012), enfatizando que "algumas declarações falsas são inevitáveis se houver uma expressão aberta e vigorosa de pontos de vista em conversas públicas e privadas".

¹³⁵ No mínimo, seria necessário demonstrar que a declaração de manipulação criava sérios danos e, no contexto político, tal demonstração seria altamente improvável de ser suficiente, dado o compromisso geral com o princípio de que a melhor correção, por considerável prejudicial fala, é mais discurso em vez de silêncio forçado. Ver *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 374 (1927) (Brandeis, J., voto dissidente).

¹³⁶ Veja nota supra. Para uma discussão valiosa desde uma perspectiva econômica, veja Richard Craswell, *Regulating Deceptive Advertising: o papel da análise custo-benefício*, 64 *Southern Cal. L. Rev.* 549 (1991).

¹³⁷ *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 US 557 (1980).

mercado de ideias está cheio de esforços para atrair o Sistema 1 e minimizar ou ignorar a deliberação e a reflexão.

Mesmo que a esfera comercial seja imune à regulação do discurso, é enfaticamente um lugar onde a manipulação é penetrante. A esperança é que os consumidores entendam que os anúncios publicitários são geralmente servientes a si mesmo e que o processo de competição proporcionará uma correção suficiente.

Certo que a economia comportamental levantou questões sérias sobre o realismo dessa esperança.¹³⁸ É altamente duvidoso que essas questões constituam uma base suficiente para uma "exceção geral de manipulação" à proteção existente concedida ao discurso comercial.

C. Proteção do Consumidor

Nenhuma dessas conclusões significa que formas de regulação mais restritas não podem ser imaginadas. No contexto dos produtos financeiros de consumo várias formas de manipulação são um problema generalizado. De fato a manipulação pode ser vista como uma motivação determinante para as recentes iniciativas regulatórias.¹³⁹

A Lei Dodd-Frank Wall Street e Lei de Proteção ao Consumidor estabelece que o Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) deve garantir que "os mercados de produtos e serviços financeiros de consumo sejam justos, transparentes e competitivos".¹⁴⁰ Solicita atenção não só aos atos e práticas "injustas e enganosas", mas também aos "atos abusivos",¹⁴¹ que podem ser vistos como uma referência às piores formas de manipulação. Ao monitorar os mercados relevantes, o CFPB deve considerar a "*compreensão pelos consumidores dos riscos de um tipo de produto ou serviço financeiro do consumidor*"¹⁴² – frase que pode facilmente refletir preocupação com a manipulação.

Implementando esses requisitos, o CFPB adotou como slogan "saber antes de você dever", e seus diversos esforços para garantir escolhas informadas podem ser entendidos como um ataque a manipulação, como aqui ficou entendido.¹⁴³ Nos

¹³⁸ Veja Oren Bar-Gill, *Seduction By Contract* (2011).

¹³⁹ Veja Bar-Gill, nota supra; Bubb and Pildes, nota supra.

¹⁴⁰ 12 USC 5511

¹⁴¹ Id.

¹⁴² 12 USC 5512

¹⁴³ Veja <http://www.consumerfinance.gov/credit-cards/knownbeforeyouowe/>

mercados de consumo, um problema é a complexidade, que pode vencer a compreensão.¹⁴⁴ Outro problema se enquadra na categoria geral de manipulação, como na forma de "taxas teaser" e vários incentivos que por pouco não induzem engano, mas que enfaticamente se apoiam no Sistema 1.¹⁴⁵

Um contrato de cartão de crédito curto e simples, do tipo fornecido pelo CFPB, pode ser visto como uma resposta direta ao risco de manipulação¹⁴⁶ – e como um esforço para garantir que o Sistema 2 esteja firmemente responsável. As propostas para proibir ou restringir as taxas de provocação podem ser entendidas em termos semelhantes.¹⁴⁷

Nesses casos há um amplo espaço para considerar o problema da manipulação ao decidir a melhor maneira de regular os produtos financeiros. É importante ver que, em tais situações, o governo está regulando as práticas comerciais, não a publicidade, e que sua preocupação real é com práticas que não desencadeiam de maneira suficiente a reflexão por parte dos consumidores. Vimos que isso está longe de ser uma categoria autodefinida, mas as iniciativas da CFPB podem ser tomadas como esforços iniciais para especificá-la.

Conclusão

Uma declaração ou ação pode ser considerada manipulativa na medida em que não envolve ou atrai a capacidade das pessoas para uma escolha reflexiva e deliberativa. Algumas formas de manipulação são atrevidas, pois onde uma descrição vívida e gráfica de um resultado (ganhar a loteria, morrer em um acidente de avião, perder uma criança) é invocada para convencer as pessoas a se engajarem em determinada conduta (para comprar um bilhete de loteria, pegar um trem, comprar seguro de vida extra). Algumas formas discutidas de manipulação são leves, como quando um político, um empregador ou um empregado usam aversão à perda, tom de voz e expressões faciais para incentivar certas decisões.

Assim definida, a manipulação é uma característica penetrante da vida humana. É por esta razão que, embora o sistema legal seja geralmente capaz de lidar com mentiras e decepções, tem uma tarefa muito mais difícil quando foca na manipulação.

¹⁴⁴ Veja Bar-Gill, nota supra.

¹⁴⁵ Veja Ryan Bubb and Richard H. Pildes, How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why, 127 Harv. L. Rev. 1595, 1661-1662 (2014).

¹⁴⁶ <http://www.consumerfinance.gov/credit-cards/knowbeforeyouowe/>

¹⁴⁷ Oren Bar-Gill e Ryan Bubb, Credit Card Pricing: The Card Act and Beyond, 97 Cornell L. rev. 967 (2012).

Em suas formas mais problemáticas, os atos de manipulação não respeitam os escolhedores; os atos prejudicam a autonomia das pessoas e não respeitam sua dignidade.

A objeção bemestarista, enraizada na ideia de que os escolhedores sabem o que é do seu melhor interesse, é que, quando são produtos de manipulação, as escolhas das pessoas podem não promover seu próprio bem-estar, precisamente porque os escolhedores não foram colocados em posição de deliberar sobre relevantes variáveis e valores. Isso provavelmente será verdadeiro se o manipulador estiver mal-intencionado, mas também pode ser verdade porque o manipulador não possui informações relevantes.

Do ponto de vista do bem-estar a manipulação é presumivelmente desfavorável. Um manipulador benigno e experiente poderia tornar a vida das pessoas melhor, possivelmente muito melhor. Sob pressupostos realistas a presunção contra a manipulação é justificadamente forte, porque é improvável que os manipuladores sejam benignos ou bem informados.

Como citar: SUNSTEIN, Cass R. Cinquenta tons de manipulação. Trad. Alexander Leonard Martins Kellner. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/cinquenta-tons-de-manipulacao/>>. Data de acesso.