



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A Regulação da Publicidade ao Pecado

Análise Económico-comportamental

Maria Francisca Gomes Ferreira, aluna n.º 22027

Mestrado em Direito e Prática Jurídica, especialidade “Economia e Políticas Públicas”

Orientadora: Rute Saraiva

Novembro de 2019

Às mulheres da minha família, por me terem ensinado a aprender

RESUMO

O tabaco, o álcool e o *fast food* são, hoje em dia, três dos mais importantes obstáculos que o mercado põe à imagem de sociedade perfeita que os Estados ocidentais pretendem de si mesmos e da sua saúde pública. Três “pecados” com que não sabem ainda bem lidar, e com os quais se deparam constantemente e não sem um certo desespero, quando, através da montra da publicidade, as empresas que ainda os oferecem ao público destapam esta terrível esquizofrenia entre o Estado moralista que quer e do Estado realista que não pode.

Como resposta a este problema, e pela mão da nova doutrina da economia comportamental, os governos têm vindo a adoptar uma nova estratégia, mais cínica na correcção destes enviesamentos da procura. Procurando decifrar então a origem psicológica do pecado no mercado, tentam responder-lhe numa lógica de *fogo contra fogo*, impondo à publicidade ao álcool, ao tabaco e ao *fast food* pequenos estímulos psicológicos que encaminhem, suavemente, os seus clientes na direcção oposta.

Este *paternalismo libertário* demonstra, ainda assim, um confronto que lhe é anterior entre dois valores de grande importância: a saúde pública, materializada no *welfare* do Estado Social e a liberdade individual do consumidor, que vê questionada a racionalidade ou irracionalidade das suas escolhas pessoais e da forma como utiliza o seu poder de compra.

Este confronto deve ser ponderado pelo mecanismo constitucional que mede o impacto das restrições, por parte do Estado, de direitos individuais com uma finalidade de bem comum: o princípio da proporcionalidade, decorrente do artigo 18º/2 da Constituição da República Portuguesa.

Tendo em conta as três vertentes deste princípio, analisa-se a idoneidade das medidas de paternalismo libertário utilizadas na publicidade ao pecado como meio adequado para atingir o fim pretendido, a necessidade ou grau de nocividade comparativo destas medidas face a alternativas semelhantes e a proporcionalidade ou equilíbrio entre a restrição do direito individual em causa e a importância do fim prosseguido.

Palavras-chave: pecado, viés, publicidade, paternalismo, arquitectura da escolha, princípio da proporcionalidade

ABSTRACT

Tobacco, alcohol, and fast food some of the most important obstacles that Free Market still raises against the « perfect society » image that Western countries want to see about themselves and their public health. Three different “sins” that they are not yet free from, and constantly come across with certain desperation, when, through the showcase of advertising, companies still offer them publicly, uncovering this terrible schizophrenia between the moralistic state that wants to fight sin and the realistic state that cannot do it.

In response to this problem, following the new doctrine of behavioural economics, governments have been adopting a new, more cynical strategy in correcting these consumer biases. By trying to decipher the psychological origin of sin, they intend to answer it in a “fire against fire” logic by imposing small psychological *nudges* on alcohol, tobacco and fast food advertising, softly leading their potential buyers in an opposite direction.

The use of such *libertarian paternalism* in this case nevertheless demonstrates a confrontation between two values of great importance: public health or the good functioning of the welfare state *versus* consumers freedom, who see their economical rationality questioned by the State, being indicated on how they should use their purchase power.

This confrontation must be analysed by the constitutional mechanism that measures the impact of the State's restrictions on individual rights, based on a greater good purpose: the principle of proportionality, under Article 18/2 of the Portuguese Constitution.

Taking into account the different criteria of this principle, we analyse the appropriateness of libertarian paternalism measures used in sin advertising as a suitable means to achieve the intended purpose, the need or degree of comparative harmfulness of these measures in relation to different alternatives and the proportionality or balance between the restriction of the individual right in question and the importance of the pursued purpose.

Keyword: sin, bias, advertising, paternalism, choice architecture, principle of proportionality.

ÍNDICE

Resumo.....	3
Abstract	4
Índice.....	5
Introdução.....	7
1. O Pecado no Mercado	9
1.1. O pecado como irracionalidade de longo prazo.....	9
1.2. Os Vieses - Pecados da razão no álcool, no tabaco e no <i>fast food</i>	16
2. A Publicidade e o seu controle sobre os vieses	24
2.1. A Publicidade Privada	24
2.2. A Publicidade Pública	34
3. O difícil equilíbrio do paternalismo contra o pecado.....	37
3.1. Afastamento do paternalismo total.....	37
3.2. O problema da legitimidade da regulação da procura.....	41
4. O Paternalismo Libertário e o Pecado.....	47
4.1. O Paternalismo Libertário e os seus <i>nudges</i>	47
4.2. Tipos de <i>nudge</i> publicitário contra o pecado	54
4.3. Críticas e defesa do paternalismo libertário.....	59
5. Um <i>Nudge</i> proporcional	66
5.1. Legitimidade e Idoneidade.....	68
5.1.2. Estruturar escolhas complexas	70
5.1.3. Transmitir feedback	71
5.2. Necessidade.....	75
5.3. Proporcionalidade.....	78
5.3.1. Empresas	79
5.3.2. Consumidor	80
6. Conclusões.....	83

Bibliografia..... 87

INTRODUÇÃO

A sociedade e o mercado tornam-se cada vez mais complexos.

No mundo ocidental, a escolha é crescente e as oportunidades de negócio surgem ao ritmo dos desejos de nichos cada vez mais pequenos, cada vez mais bizarros, cada vez mais exigentes.

Já não existe praticamente nada que a procura peça que não seja satisfeito quase imediatamente por uma oferta que se estende, moderniza, virtualiza, desdobrando-se em mil um serviços que as plataformas de agregação tornam ainda mais próximos, pois fazem de quase qualquer um, um potencial polo comercial.

Estas circunstâncias tornam-se ainda mais graves quando os negócios em causa são visivelmente nocivos para o cliente: os chamados negócios pecaminosos.

Efectivamente, o pecado é uma realidade presente na nossa sociedade desde que existe sociedade. De uma maneira ou de outra, as comunidades tentaram repelir de si comportamentos que em cada momento entende nocivos ao seu bem-estar e equilíbrio, curiosamente, sempre com um sucesso duvidoso.

Hoje em dia, como consequência de relevantes progressos na área da psicologia comportamental, é possível compreender um pouco melhor a origem destas faltas auto e hétero nocivas, analisando-as sob uma nova perspectiva científica que pretende decifrar os mecanismos e enviesamentos cerebrais que as originam, e que se complementa cada vez mais ao moralismo clássico e metafórico.

No entanto, em paralelo a estas evoluções psíquicas sem precedentes, existe a expansão exponencial do mercado livre, das suas ofertas, das suas tecnologias e sobretudo, das suas cada vez mais apuradas técnicas, aguçadas pela pressão concorrencial, de alcançar os mais profundos e pecaminosos desejos dos clientes, servindo-se, para isso, de uma publicidade cada vez mais a par destas descobertas do reino da psique.

O problema, é que tal qual crianças largadas no país dos brinquedos, os consumidores têm dificuldade em proteger-se a si próprios, não sabendo exactamente até onde é que as suas limitações informativas e psicológicas são aproveitadas por uma gigantesca máquina de *marketing*, qual polvo que, por seus tentáculos, cada um presenteando diferentes produtos, sufoca o agente económico em poluição visual, sonora e auditiva, até conseguir

os seus objectivos de vendas. A publicidade é assim a maior e mais agressiva arma deste polvo mercantil, disposto a explorar ao máximo as fragilidades do seu cliente.

Neste contexto de liberdade quase libertinagem a que as novas tecnologias de comunicação deram rédea solta, o Estado vê-se imóvel, anacrónico, ultrapassado.

Mas, desta vez, a resolução do problema em causa não passa por uma mera regulação concorrencial, de forma a impedir mecanismos mais ou menos directos de manipulação de preços – ou seja, um ataque inequívoco da oferta à procura.

O problema da regulação do pecado traz a circunstância extraordinária do conluio entre a oferta e a procura numa degradação dos costumes, dos valores e da saúde pública. Não é a oferta que induz a procura unilateralmente no consumo do pecado, é a própria procura que pretende, livremente, prejudicar-se.

O Estado vê-se assim na situação complexa de acompanhar os desenvolvimentos científicos da psicologia que cada vez mais apontam o dedo ao mercado pela sua terrível manipulação dos instintos básicos dos cidadãos sem o seu consentimento ou consciência; não deixando de permitir o funcionamento da máquina do mercado livre, essencial nas democracias ocidentais.

Já não basta atender às situações concretas, mas aos fenómenos de massas. Para acompanhar a nova velocidade da economia o Direito tem de ser mais multifacetado, dando a mão à psicologia, e muito especialmente, à sociologia, tornando-se, de certa forma, mais maquiavélico.

Neste contexto, pela mão dos economistas-comportamentais Thaler e Sunstein, é proposta uma tática de *fogo contra fogo*: a utilização de estímulos psicológicos não-coercivos, que, no âmbito publicitário, transmitam uma imagem negativa do pecado, onde as empresas tendem naturalmente a transmitir, deste, uma imagem positiva.

Por ser nova e original (propõe uma solução intermédia entre o paternalismo e o liberalismo, de forte pendor psicológico) não deve deixar de passar pelo mais importante filtro da validade das intervenções estatais na jurisprudência recente: o princípio da proporcionalidade.

1. O PECADO NO MERCADO

1.1. O pecado como irracionalidade de longo prazo.

Nos séculos XV e XVI, Portugal abasteceu-se com uma enorme quantidade de arte flamenga, cujo espólio permanece hoje, em parte, nos museus nacionais.

Uma grande variedade de pinturas e esculturas, sobretudo de carácter religioso, foram trocadas em Bruges e Antuérpia pelo açúcar da Madeira.¹

Na altura, o chamado “ouro branco” tinha um valor de mercado altíssimo, e é provável que os flamengos renascentistas tenham ficado satisfeitos com a troca.

Mas o tempo veio transformar a balança do negócio, e hoje serão com certeza os portugueses a quem a decisão mais sorri, uma vez que o valor das obras de arte flamenga é, nos dias que correm, incomparavelmente superior ao do açúcar.

Sem querer fazer considerações sobre a *gulodice* dos nossos parceiros do norte da Europa, na base desta transacção está a oposição entre o valor de longo prazo e o valor de curto prazo, entre a racionalidade e o pecado.

A primeira encruzilhada intelectual com que nos deparamos é a definição de “pecado” em termos economicamente relevantes, que ultrapasse o campo meramente metafórico e cultural de uma acção ou actividade recriminável.

Numa análise de pendor académico ou científico, poderá assumir-se que este está intimamente conectado com a ideia de *racionalidade limitada*, proposta inicialmente por Herbert Simon, que vem desafiar o postulado tradicional da racionalidade², segundo o qual o agente escolheria, de entre as opções disponíveis, sempre aquela que representasse um maior benefício líquido.³

¹ A propósito desta pequena história, ver Almeida (2014) *Trocar açúcar por quadros ou o Museu de Arte Sacra do Funchal na ilha da Madeira*. e o artigo *A arte que o açúcar da Madeira comprou veio mostrar-se em Lisboa* – Observador, Disponível em <https://observador.pt/2017/11/14/a-arte-que-o-acucar-da-madeira-comprou-veio-mostrar-se-em-lisboa>)

² Sobre o conceito de racionalidade ver Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, ed. by Almedina, 3ª edição (Coimbra, 2005)., pág.46

³ Ver Araújo. Pág. 46: o maior benefício líquido para o agente económico implica uma optimização de custos e maximização de benefícios.

No entanto, a economia moderna tem vindo a aprender, não brandamente, as impurezas do postulado clássico da racionalidade, e deixou de ser sensato pressupor a racionalidade dos agentes, dado que muitas vezes estes acabam por fazer escolhas que lhes são claramente prejudiciais, afastando-se muito do ideal de maximização do seu bem-estar.

Neste contexto, vem surgindo uma nova visão da economia no horizonte, que faz, num improvável mas necessário casamento com a psicologia, uma reformulação crítica da dinâmica do mercado livre: a economia comportamental.

Ao Homo Economicus, noutros tempos desenvolvido por Hicks e Samuelson, dotado de uma racionalidade perfeita, sobrepôs-se o Homo Sapiens, que comete os erros de uma “pessoa normal”⁴.

Neste contexto, existem as boas escolhas, as escolhas *racionais* que recaem sobre aquilo a que Thaler e Sunstein chamam os “Bens de Investimento”, e as más escolhas, as escolhas *irracionais*, que optam pelos “Bens Perversos” ou, melhor dito ainda, “Bens Pecaminosos”.⁵

Os Bens de Investimento, como o exercício físico, a dieta saudável, o trabalho, caracterizam-se por terem custos imediatos, de curto prazo e benefícios adiados, de longo prazo.

Difícilmente a aposta neste tipo de bens será nociva, porque se pressupõe será recompensada no futuro em abundância de benefícios que não se veem no momento da opção, só sendo irracional quando existe um sacrifício de tal modo dos prazeres de curto

⁴ Na divertida comparação de Thaler e Sunstein, um Homo Economicus “tem a capacidade de pensar como Albert Einstein, armazenar tanta informação como o computador Big Blue da IBM e a mesma força de vontade que Mahatma Gandhi.”, enquanto que os Homo Sapiens “têm geralmente dificuldade em fazer contas sem a ajuda de uma calculadora, esquecem-se por vezes do aniversário dos cônjuges e no dia de ano novo estão muitas vezes de ressaca” em Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge - Como Melhorar as Decisões Sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade* (Academia do Livro, 2009). pág. 32

⁵ No original (Thaler, Rh; Sunstein, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*), estes bens são denominados de “investment goods” e “sinful goods”, sendo esta última expressão também traduzível como “Bens Pecaminosos”, o que é particularmente pertinente no contexto deste trabalho.

prazo que os imensos proveitos futuros acabam por perder valor perante o desperdício do presente.⁶

Já os Bens Perversos, como o tabaco, o álcool, o *fast food*, as drogas ou o jogo, implicam custos adiados muito superiores aos benefícios imediatos.

Esta ideia de prazer imediato e sofrimento futuro não deixa de apelar a um conceito sociocultural muito enraizado nos países de matriz judaico-cristã: *O Pecado*.

No catecismo da Igreja Católica, o pecado é definido como "*uma palavra, um ato ou um desejo contrários à lei eterna*".⁷

Não podemos deixar de reparar que o decorrer do tempo tem aqui um carácter definidor.

A ideia de Pecado precisa da terrível ameaça da eternidade, da *lei eterna*. A escolha pecadora é nociva pelo seu futuro, não pelo seu presente.⁸

Embora a eternidade em sentido religioso não deva entrar para as contas da economia, existe um factor que traz um certo toque de eternidade ao reino das escolhas: a intertemporalidade.

As escolhas intertemporais⁹ podem ser definidas como “decisões que envolvem uma relação de compromisso entre custos e benefícios que ocorrem em diferentes momentos”

¹⁰.

⁶ Neste trabalho, será aprofundada a vertente regulatória da publicidade aos Bens Perversos ou pecaminosos, e não a possível promoção por parte de entidades públicas, através de companhias, de Bens de Investimento.

⁷ Beni Dos Santos, ‘O Catecismo Da Igreja Católica (III)’, *Revista de Cultura Teológica. ISSN (Impresso) 0104-0529 (Eletrónico) 2317-4307*, 2016 <<https://doi.org/10.19176/rct.v0i5.14112>>.

⁸ Como dita o interessante aforismo de Margaret Mead sobre este tema, “A virtude é quando se tem a dor seguida do prazer; o vício, é quando se tem o prazer seguido da dor.”

É verdade também que o primeiro momento em ambos os casos é de muito menor duração que o segundo, o que transforma a primeiro hábito num encadeamento de escolhas racionais, e o segundo num encadeamento de escolhas irracionais.

⁹ LOEWENSTEIN, George, READ, Daniel & BAUMEISTER, Roy F. (eds.) (2003). *Time and Decision: Economic and Psychological Perspectives on Intertemporal Choice*, Russell Sage Foundation., pág. 34

¹⁰ Tradução nossa da frase «Intertemporal choices—decisions involving tradeoffs among costs and benefits occurring at different times», que define escolha intertemporal em FREDERICK, Shane, LOEWENSTEIN, George, O'DONOGHUE, Ted (2002) *Time Discounting and Time Preference: A Critical Review*, pág. 3

De facto, as consequências de uma opção racional ou irracional não se cingem ao momento em que esta é feita, antes estendendo os seus longos braços através do futuro do agente.¹¹

Desta forma, benefícios ou prejuízos da sua escolha são *eternos*, ou seja, têm em conta que provavelmente o agente irá viver muito tempo, e que os proveitos ou custos não se reduzem às escassas horas que existem após a decisão, mas ao longo longo-prazo que aí vem.

Se assim não fosse, a opção racional seria sempre, logicamente, a que maximizasse a satisfação dos prazeres imediatos, tendo em conta os limites sociais, ambientais e contextuais dessa escolha.

Numa perspetiva mais racional da economia, poder-se-ia assumir que os agentes “descontavam” as repercussões futuras, quer positivas quer negativas, da sua escolha presente quando a faziam. No entanto, Scholten e Reid propõem uma visão integrada do factor tempo na escolha, defendendo que o maior ou menor longo prazo das consequências de uma escolha não é irrelevante para a sua adopção.¹²

Assim, quando o longo prazo é muito longo, é mais difícil ter em conta as suas consequências.

A este factor pode estar associada uma ideia de mortalidade e de aproveitamento de oportunidades presentes (garantidas) em detrimento de futuras (incertas). De facto, se um agente económico se dedicar exclusivamente a opções de investimento até ao fim da vida, não por prazer¹³ mas apenas por esperar um retorno futuro, não adquire nenhum benefício delas.

¹¹ A actual esperança média de vida permite-nos pressupor, como regra, uma vida longa do agente económico, em que as suas escolhas presentes se poderão repercutir num futuro longínquo a 10, 20, 30 anos.

¹² Conferir Marc Scholten and Daniel Read, ‘The Psychology of Intertemporal Tradeoffs’, 2010 <<https://doi.org/10.1037/a0019619>>., pág. 1: «*In our model, people make intertemporal choices by weighing how much more they will receive or pay if they wait longer against how much longer the wait will be, or, conversely, how much less they will receive or pay if they do not wait longer against how much shorter the wait will be.*»

¹³ Podem ser aqui referidas as situações de Bens de Investimento prazenteiros, como um longo passeio de bicicleta ou uma visita a um spa, que não se enquadram nesta possível excepção à racionalidade da opção por um bem de investimento. Esta seria só invocável quando o agente faz um sacrifício do presente, investindo em escolhas que lhe são desagradáveis.

Mas a realidade é que existem escolhas enganadoras, que escondem, na atractividade dos seus benefícios imediatos, custos adiados que lhes são incomparavelmente superiores.

Por esse motivo, são especialmente tentadoras e interessantes, porque são escolhas com uma *aparência de racionalidade* imediata, no entanto dotadas de uma irracionalidade efetiva.

Estas podem esconder-se em negócios aparentemente neutros, como a banca, os seguros ou as lojas de roupa, podendo dar azo a irracionalidades de longo prazo ou não dependendo do contexto e da situação do agente que por elas opta.

Por exemplo, umas botas de última moda com um elevadíssimo valor de mercado podem ser dotadas da qualidade que lhe corresponda ou não, podem ser úteis para o comprador ou não, conforme a utilização que lhes dê e podem ser, conforme os casos, um bom negócio, ou um mau negócio, um benefício ou um custo, um Bem de Investimento ou um pecado.

Já os negócios pecadores do álcool, do tabaco e do *fast food* têm uma particularidade: são tendencialmente irracionais. Nestes três existe um apelo ao pecado que emana da sua própria natureza e não somente do contexto da decisão individual. Embora não sejam automaticamente um pecado em si¹⁴, são, de certa forma, “ocasião de pecado”, por serem particularmente abrangentes no número de agentes pecadores que afectam, e na nocividade das suas consequências para a saúde a longo prazo.

Também se soma à definição destas três oportunidades como pecado o facto de possuírem um carácter viciante.¹⁵

¹⁴ Se o tabaco é talvez um Bem Perverso no seu sentido mais absoluto, pode questionar-se se o álcool e o *fast food* são irracionais *per se*. Mas se há quem defenda que o seu consumo controlado é inofensivo (caso do *fast food*) ou até benéfico (caso do álcool), é hoje consensual que o seu sobre-consumo tem desvantagens desproporcionais e sobretudo, é extremamente provável dado o carácter viciante destes pecados. Marice Ashe and others, ‘Land Use Planning and the Control of Alcohol, Tobacco, Firearms, and *Fast food* Restaurants’, *American Journal of Public Health*, 2003 <<https://doi.org/10.2105/AJPH.93.9.1404>>..

¹⁵ Não só o álcool e a nicotina do tabaco (Patricia Jones, ‘Nicotine Addiction’, in *Australian Journal of Clinical Hypnotherapy and Hypnosis*, 2006.) são viciantes, mas também o açúcar e o sal (Margaret Chan, *Organização Mundial Da Saúde, Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde*, 2015 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>>.), presentes no *fast food*.

Recentemente, a *American Society of Addiction Medicine* (ASAM) definiu vício (ou *addiction*) como uma doença crónica cerebral, ultrapassando os meros limites comportamentais.

Apesar de se entender hoje que há outros factores na origem de uma adicção, como as circunstâncias de vida ou a personalidade, continua a existir uma diferença de natureza entre os bens pecaminosos e os outros. Estes são, na sua génese, mais viciantes.¹⁶

Isto significa que cada escolha irracional, cada cedência a estes pecados, torna cada vez mais difícil o uso da racionalidade não adulterada.¹⁷

Muitas vezes as vítimas de uma adicção conseguem estabelecer, numa reflexão calma, limites ao seu consumo de produtos de risco.

No entanto, deparadas com a *tentação* no exacto momento da escolha económica, são inacreditavelmente fracas, irracionais e falham nos seus propósitos quando tinham já decidido, racionalmente, que deveriam fazer o contrário.

Não é assim totalmente descabida a metáfora do pecado no contexto da economia comportamental, sendo antes essencial para perceber como, porquê, e de que forma é que se deve regular e combater estas tentações de irracionalidade, tantas vezes aproveitadas pelo mercado.

Não é, aliás, a primeira vez que o conceito de “Pecado” surge em Portugal afastado do contexto religioso.

Este foi pela primeira vez introduzido pelo professor Sérgio Vasques, através da sua dissertação de mestrado “Os Impostos do Pecado”¹⁸, onde leva a cabo uma análise

¹⁶A afectação cerebral ficou patente na investigação dos autores, que afirmam: “research has shown that addiction affects the brain's reward circuitry, such that memories of previous experiences with food, sex, alcohol and other drugs trigger cravings and more addictive behaviors. Brain circuitry that governs impulse control and judgment is also altered in the brains of addicts, resulting in the nonsensical pursuit of "rewards," such as alcohol and other drugs.” In ‘Addiction Now Defined As Brain Disorder, Not Behavior Problem | Live Science’ <<https://www.livescience.com>

¹⁷ Se analisada qualitativamente, cada escolha não é assim tão má por si (não é um copo de vinho por si mesmo que será responsável por um problema de saúde), mas um encadeamento de escolhas (ou copos) é extremamente negativo.

¹⁸ VASQUES, Sérgio (1999) *Os Impostos do pecado*

económica do direito tributário, importando para a realidade nacional os já na altura discutidos “sin taxes” no ordenamento jurídico anglo-saxónico.¹⁹

No entanto, o “pecado” a que se referem os “sin taxes” ou os impostos do pecado, não tem uma correspondência exacta com o conceito que pretendo analisar, dado que se centra numa abordagem fiscal do “pecado”²⁰ que me parece ser uma definição algo irónica de uma máscara tributária, apoiada em pretensões moralistas uma intenção extrafiscal.²¹

A minha abordagem pretende utilizar o termo “pecado” num sentido mais estritamente económico-comportamental: como uma representação metafórica de escolha viciante irracional de longo prazo.

Se o pecado é uma escolha irracional de longo prazo, que esconde custos futuros muito superiores aos benefícios presentes, importa agora entender o que leva um agente económico a optar por uma escolha pecaminosa.

Apesar de parecer anárquica à primeira vista, a irracionalidade dos agentes foi categorizada e de certa forma “racionalizada” ou tornada previsível através de diversos tipos de adulteração da racionalidade económica: os vieses.²²

¹⁹ Ver, a propósito dos sin taxes O’DONOGHUE, Ted; RABIN, Matthew (2006) *Optimal sin taxes. Journal of Public Economics*

²⁰ Sérgio Vasques centra-se nos pecados do tabaco, do álcool e do jogo, enquanto que eu pretendo analisar o tabaco, o álcool e o *fast food*, que me parecem mais conceptualmente próximos no que toca ao tipo de regulação publicitária e à relação com uma espécie de moralismo de saúde pública.

²¹ Ver RODRIGUES RIBAS, Juliana (2015) *Os Impostos Do Pecado E A Ilusão Fiscal* Disponível em URL:<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima13/12-Anima-13-OS-IMPOSTOS-DO-PECADO-E-A-ILUSAO-FISCAL.pdf>

²² Um dos principais autores em termos de categorização do pecado é o norte americano Dan Ariely. Ver ARIELY, Dan (2006) *Previsivelmente Irracional*.

1.2. Os Vieses - Pecados da razão no álcool, no tabaco e no *fast food*.

Um dos mais característicos exemplos da força do pecado em funcionamento é a destruição, executada pela rotina da prática, de resoluções determinadas fixamente num momento anterior.

Assim, por exemplo, as resoluções de ano novo se desfazem quando, pelo dia a dia, se revelam inalcançáveis.

É frequente, na nossa sociedade, que as pessoas comecem o ano determinadas a não fumar, beber menos, alimentar-se de forma mais saudável; e que no curto espaço de 24 horas tenham violado todas as suas regras, deixando a dieta e as restrições para o dia seguinte, e para o seguinte, e assim por diante.

Como é que este enviesamento da racionalidade opera, para que seja tão universalmente apelativo?

Os vieses são desvios da racionalidade no seu caminho normal. Perante um determinado leque de opções que possam representar, para o agente, por vezes extremos evidentes de optimização e prejuízo, os seus enviesamentos cerebrais podem apresentar-lhe a ilusão momentânea de racionalidade de uma escolha evidentemente penalizadora.

Para compreender a razão de ser destes enviesamentos económicos é necessário entender a tensão que existe entre os dois sistemas de raciocínio que influenciam a tomada de decisões do agente: o raciocínio rápido ou automático e o raciocínio lento ou reflexivo.²³

O sistema automático tem por função facilitar decisões complexas, reservando o tempo e o desgaste mental que disporíamos na sua percepção completa para outras tarefas que, consciente ou inconscientemente, consideramos de maior relevância.²⁴

É, de certa forma, uma forma de pensar mais relacionada com a vertente animal do agente económico, mais instintiva e mais fácil, e por esse motivo, mais rápida, sendo aliás tanto mais automática quanto maior a sua velocidade.

²³ KAHNEMAN, Daniel (2011) *Pensar, depressa e devagar*

²⁴ As crianças usam este sistema com grande preponderância, porque não têm ainda informação suficiente para assumir uma ponderação mais rigorosa.

É regido pela chamada “Rule of Thumb”, traduzível como “regra do polegar”, que simplifica, coloquialmente, as aproximações pouco rigorosas de realidades demasiadamente complexas, como aquelas feitas pelos artesãos ingleses, que usavam o polegar ou “thumb” para tirar medidas.

O sistema automático, ou sistema 1, como determinado pela nomenclatura de Kahneman e Tversky²⁵, é assim gerido pelo lado direito do cérebro (responsável pela gestão de tarefas mais criativas e instintivas), cabendo ao sistema reflexivo, ou sistema 2 (lado esquerdo do cérebro) a influência sobre tarefas mais metódicas e racionais.²⁶

O pensamento reflexivo²⁷ é ponderativo, ou seja, ao invés de se basear no instinto, tem como modo de funcionamento a associação profunda de conceitos abstractos.

É um sistema lento e rigoroso, menos dotado ao erro do que o sistema automático, mas ainda assim vulnerável a escolhas enviesadas, tanto mais justificadas e justificáveis numa perspectiva racional quanto maior for a criatividade do seu portador.²⁸

Chama-se a este tipo de viés do sistema 2 o viés da auto-justificação, ou “*self-justification bias*”²⁹, caracterizando-se precisamente pela necessidade de resolver, pelo render da guarda do sistema 2 às exigências do sistema 1, o chamado “estado de dissonância cognitiva”³⁰, em que os dois sistemas se encontram em permanente tensão por almejarem objectivos distintos.

²⁵ Em Adriana Sbicca, ‘Heurísticas No Estudo Das Decisões Econômicas: Contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky’, *Estudos Economicos*, 44.3 (2014), 579–603 <<https://doi.org/10.1590/S0101-41612014000300006>>., a autora propõe uma análise de complementaridade dos autores de Simon, Kahneman e Tversky, particularmente pertinente no contexto deste trabalho.

²⁶ KAHNEMAN, Daniel (2011) *Pensar, depressa e devagar*, 136

²⁷ Os dois sistemas poderão ser psicologicamente comparáveis ao *id* e ao *superego*. O primeiro o representante da nossa força animal, primitiva, instintiva; o segundo a sua correcção social do primeiro através da ponderação racional de vantagens e inconvenientes.

²⁸ Ver Francesca Gino and Dan Ariely, ‘The Dark Side of Creativity: Original Thinkers Can Be More Dishonest’, *Journal of Personality and Social Psychology*, 102.3 (2012), 445–59 <<https://doi.org/10.1037/a0026406>>. « The results provide evidence for an association between creativity and dishonesty, thus highlighting a dark side of creativity »

²⁹ Rob W. Holland, Ree M. Meertens, and Mark Van Vugt, ‘Dissonance on the Road: Self-Esteem as a Moderator of Internal and External Self-Justification Strategies’, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 28.12 (2002), 1713–24 <<https://doi.org/10.1177/014616702237652>>. Pág. 36

³⁰ O terrível paradoxo da dissonância cognitiva é caracterizado da seguinte forma por Leon Festinger em Leon Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance [1957]*, Stanford CA Stanford University, 1997 <<https://doi.org/10.1037/10318-001>>., pág.18: « *The need to justify our actions and decisions, especially*

No entanto, a motivação para estas justificações trabalhadas pelo sistema 2 é, de certa forma, originária do sistema 1, uma vez que é este que lança a base emocional e instintiva de uma decisão que no fundo se sabe irracional, mas que se mascara de longas justificações sob uma aparência de racionalidade.

O agente económico sabe que a sua escolha é irracional, mas opta por ela na mesma. O seu raciocínio *frio* e reflexivo diz-lhe que aquela opção lhe será nociva no futuro³¹, no entanto, no *calor do momento*, há uma voz no seu pensamento que o convence não só que o pecado é afinal racional, mas que é a coisa mais racional a fazer naquele instante.³²

No caminho da metáfora religiosa que nos acompanhará ao longo deste trabalho, essa voz resistente e manipuladora da razão corresponderia ao demónio. Na economia comportamental esse fenómeno está relacionado com as características próprias do pensamento automático.

Assim, apesar de existirem enviesamentos exclusivos do sistema 2, nomeadamente aqueles que resultam de falhas de memória, creio que os vieses que afectam a sub gestão do pecado são assim aqueles que resultam do triunfo do 1 sobre o sistema 2³³, entre a vontade momentânea de curto prazo³⁴ e o grito consciencial dos impactos futuros que a satisfação imediata desencadeará.

the ones inconsistent with our beliefs comes from the unpleasant feeling called cognitive dissonance. Cognitive dissonance is a state of tension that occurs whenever a person holds two inconsistent cognitions. For example, "Smoking will shorten my life, and I wish to live for as long as possible," and yet "I smoke three packs a day"

³¹ No estado mental de “resolução de ano novo”, quando toda a força motivacional se concentra no longo prazo e naquilo que mais satisfação lhe traz, quase nenhum (um mesmo nenhum) agente se compromete a fumar ou beber mais. Antes pelo contrário, são os vícios do tabaco, álcool e *fast food* exemplos paradigmáticos de alvos a abater no início de um ano novo- vida nova.

³² É aliás também uma das funções do sistema 2 reforçar as decisões tomadas pelo sistema 1, quando estas sobrevivem ao seu policiamento inicial e crítico.

³³ Quer por sobreposição dos interesses do primeiro ao do segundo, quer pela conversão do segundo à escravatura pelos interesses do primeiro.

³⁴ Em KAHNEMAN, Daniel (2011) *Pensar, depressa e devagar*, pág. 96 diz-se que “Uma disposição alegre enfraquece o controlo do sistema 2 sobre o desempenho”, o que implica, no caso do álcool, um duplo reforço do sistema 1, provocado pelo vício e pela euforia que este, em certas quantidades, inspira.

Um utilizador protótipo do sistema automático são as crianças e os adolescentes. Quase todas as situações são para elas demasiado complexas, e perante essa insegurança, recorrem muitas vezes ao sistema 1.³⁵

Por exemplo, antes de entrar numa nova escola, um adolescente pode prometer aos seus pais não fumar e não beber em quaisquer circunstâncias. Mas depois, perante a pressão dos seus pares é muito provável que ceda e que abandone a sua primeira resolução (muito mais racional), e adopte o raciocínio automático “se os outros fazem, eu também faço”.

Este tipo de raciocínio, para além de obviamente conectado com um viés de desconto hiperbólico, leva a escolhas desviadas pelo viés do “comportamento de manada”, que é essencial para perceber uma parte da opção pelo pecado e que analisaremos de seguida.

Para além do “comportamento de manada”, existem muitos vieses, manipuladores da racionalidade económica, como o excesso de optimismo (sobrevalorizar as consequências positivas de uma escolha), o efeito de dotação (sobrevalorizar os Bens que nos pertencem), a inércia (não alterar um comportamento que se sabe irracional por medo da mudança) ou o enquadramento (julgar uma coisa maior ou mais pequena do que realmente é conforme o tamanho do contexto que a rodeia).³⁶

Todos eles estão, de certa forma e conforme o contexto social e psicológico do indivíduo que se lhe sucumbe, na base do pecado. Mas aqui, interessam-nos só os que possam influenciar mais fortemente a opção pelas escolhas “pecaminosas” do tabaco, álcool e *fast food*.

No contexto destes pecados, há quatro vieses que me pareceram de especial pertinência: o *desconto hiperbólico*, a *vontade limitada*, o *comportamento de manada* e a *disponibilidade*.

³⁵ Os sistemas instintivo e racional podem estar ligados às tensões freudianas entre o *id* e ao *superego*. O primeiro o representante da nossa força animal, primitiva, instintiva; o segundo a sua correcção social do primeiro através da ponderação racional de vantagens e inconvenientes.

³⁶ THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, 24-109

O modelo de *desconto hiperbólico* foi inicialmente proposto por Loewenstein e Prelec, sugerindo que as pessoas se preocupam, em regra, mais com as consequências do seu futuro próximo do que com aquelas do seu futuro longínquo.³⁷

Aplica-se perfeitamente aos casos do tabaco, álcool e *fast food*, dado que preferem evitar refletir sobre os efeitos desagradáveis de uma decisão irracional mas de satisfação momentânea a enfrentar uma escolha menos agradável no presente, mas que garanta frutos futuros.

É também aqui que se aplica o modelo de escolha intertemporal de Scholten e Reid, já referido, e a já referida dessintonização dos efeitos futuros na opção presente, sobretudo quando existe uma grande diluição temporal desses mesmos efeitos.

É também um dos típicos vieses perante o pecado a *vontade limitada*, ou seja, a incapacidade de encontrar motivação para efectuar uma escolha pouco apazível, apesar dos seus benefícios futuros, ou de negar-se a uma escolha tentadora, pese embora a sua perniciosidade a longo prazo.

Esta incapacidade está relacionada, mais do que com um problema de racionalidade *stricto sensu*, com uma inércia motivacional³⁸, intemporal e universalmente própria da natureza humana, que prefere o erro fácil ao acerto difícil, pois tal como conta o velho adágio de Séneca: “errare humanum est”.

Na divertida comparação de Thaler e Sunstein, um Homo Economicus “*tem a capacidade de pensar como Albert Einstein, armazenar tanta informação como o computador Big Blue da IBM e a mesma força de vontade que Mahatma Gandhi.*”, enquanto que os Homo Sapiens ou consumidores normais “*têm geralmente dificuldade em fazer contas sem a ajuda de uma calculadora, esquecem-se por vezes do aniversário dos cônjuges e no dia de ano novo estão muitas vezes de ressaca*”.³⁹

Nos casos do tabaco, álcool e *fast food*, acresce-se ainda a esta realidade um factor social, que por sua vez resulta num novo viés: o comportamento de manada.

³⁷ Ver Duarte Pimentel and others, ‘Efeitos Contextuais Na Escolha Intertemporal: Evidência Contra Modelos de Desconto’, *Análise Psicológica*, 30.3 (2012), 269–84.

³⁸ Numa abordagem mais coloquial, poder-se-ia utilizar o termo “preguiça” como sinónimo deste viés.

³⁹ Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge - Como Melhorar as Decisões Sobre Saúde, Dinheiro e Felicidade* (Academia do Livro, 2009). pág. 32

O *comportamento de manada*⁴⁰ é talvez o mais importante dos vieses, expressando a necessidade de conformação de opiniões e actos com o contexto social que os rodeia.

Ariely⁴¹ refere-se a este viés e suporta também a teoria dos dois mundos - social e económico - de Margaret Clark, Judson Mills e Alan Fiske⁴², segundo a qual a natureza dos actos realizados muda drasticamente conforme sejam vistos como um negócio ou um favor social, sendo os agentes económicos incomparavelmente mais generosos no segundo mundo de actuação, o que reflecte uma supremacia do mundo social sobre o mundo económico.

A própria honestidade obedece a uma lógica de custo-benefício social⁴³, mais até do que económica ou punitiva. Por vezes, a ausência de censura social e o comportamento de manada permite ou até incentiva comportamentos legalmente inaceitáveis, como o download ilegal de filmes e músicas em Portugal.⁴⁴

O comportamento de manada é, no entanto, menos irracional do que parece, uma vez que tenta coordenar os nossos impulsos subjectivos através da melhor forma que temos de avaliar a realidade objectiva: as escolhas dos outros.

Se todos os outros escolhem uma determinada direcção, é natural e saudável questionar-se sobre se não será essa a opção mais racional, sobretudo por uma questão de segurança (para que não estejamos “sós” no erro) e de assimetria informativa e terciarização da decisão ao critério democrático da maioria.

⁴⁰ Num estudo revolucionário para a psicologia, Solomon Asch verificou que, mesmo perante uma verdade que viam com os seus próprios olhos (no caso, a diferença de tamanho entre três traços em que um era manifestamente mais curto), a grande maioria das pessoas cedia à pressão do grupo (que mentia, escolhendo, combinadamente a opção errada) e negavam a realidade que viam para se conformarem com a opinião dos outros. Solomon E. Asch, ‘Studies of Independence and Conformity: I. A Minority of One against a Unanimous Majority.’, *Psychological Monographs: General and Applied*, 2011 <<https://doi.org/10.1037/h0093718>>.

⁴¹ Dan Ariely, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions.*, Harper Collins Publishers, 2009 <<https://doi.org/10.5465/AMP.2009.37008011>>.

⁴² Ver FISKE, Alan Page (2010) *The four elementary forms of sociality: Framework for a unified theory of social relations*

⁴³ Dan Ariely, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions.*, Harper Collins Publishers, 2009 <<https://doi.org/10.5465/AMP.2009.37008011>>., pág: 202

⁴⁴ ‘Visão | 9 Ilegalidades Que Provavelmente Anda a Cometer Na Internet’ <<http://visao.sapo.pt/actualidade/sociedade/2017-01-04-9-ilegalidades-que-provavelmente-anda-a-cometer-na-Internet>> [accessed 5 October 2019].

É o facto de os seres humanos não serem omniscientes, e contrariamente ao “*Big Blue da IBM*” não conseguirem armazenar quantidades astronómicas de informação, que justifica esta terciarização da informação ao grupo e dependência deste na tomada de decisão, pois nas palavras de Fernando Araújo: “*a nossa natureza gregária e a nossa complementaridade poderiam atribuir-se às necessidades criadas pela nossa “racionalidade limitada”, essencialmente a necessidade vital de contarmos com a conduta de outros que dispõem de informação que nós não dispomos.*”⁴⁵

No entanto, este tipo de viés pode levar a grandes irracionalidades de mercado, como bolhas especulativas ou a moda das pulseiras *powerbalance*.⁴⁶

O comportamento de manada é de especial pertinência na análise do tabaco e do álcool, e da obesidade, uma vez que se mais tarde ganham peso na disfunção do agente vieses como a vontade limitada ou o desconto hiperbólico⁴⁷, quando surgem pela primeira vez nas escolhas dos agentes vêm associados a típicos fenómenos de pressão social e de comportamento de manada, sobretudo na adolescência.

Por último, a *disponibilidade* é o viés que nos faz tomar opções irracionais por achar que uma realidade é mais provável do que realmente é, por efeito de vivermos constantemente rodeados de estímulos visuais e informativos que se lhe referem.

Se há coisa pela qual a nossa sociedade de hoje em dia se caracterize, é pelo bombardeamento constante de informação pecaminosa, em primeiro lugar pela quantidade de oferta ligada a irracionalidades viciantes de longo prazo, em segundo, pelo ambiente social pecaminoso e obesogénico que nos traz diariamente a promessa do prazer nocivo imediato quando a assistimos nos outros.

Mas estes tipos de disponibilidade são inevitáveis ao um mercado que permite a comercialização e consumo destes bens, pois não poderá impedir-se os restaurantes de

⁴⁵ Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, ed. by Almedina, 3ª edição (Coimbra, 2005),. pág 32

⁴⁶ *expressoExpresso | Pulseiras Powerbalance são uma fraude, diz fabricante*, [s.d.]

⁴⁷ Poderia também este estar na base da irresponsabilidade de longo prazo do adolescente, pois, numa atitude típica da juventude, não descontaria de forma suficientemente rigorosa os problemas futuros na sua escolha presente. No entanto, mesmo quando os efeitos perniciosos de uma escolha se evidenciam imediatamente (como, por exemplo, o perigo de uma manobra “radical” arriscada mas que garanta visualizações nas redes sociais), este tende a ceder-lhe de qualquer forma por pressão social, o que evidencia a primazia do comportamento de manada sobre o desconto hiperbólico como viés por excelência da juventude.

comida rápida de existirem, nem um colega de escola de abraçar o vício do tabaco, de forma a evitar o enviesamento que disponibilidade social destes bens acarreta.

No entanto, para além destes apelos indirectos existem outro tipo de apelos, directos, intencionais e por vezes associados a outros vieses que constituem a actuação mais pura e perniciosa da disponibilidade: a publicidade.

Em relação ao álcool, ao tabaco e ao *fast food*, é a publicidade ou disponibilidade de informação constante a favor e contra estes vícios acaba por constituir o cerne deste trabalho.

2. A PUBLICIDADE E O SEU CONTROLE SOBRE OS VIESES

2.1. A Publicidade Privada

Possivelmente, nos seus contornos iniciais, a publicidade seria um método predominantemente informativo de propagação da fama e qualidade dos produtos da empresa que lhe recorria. Esta informação é meritória e necessária ao funcionamento do mercado, estando prevista na Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), quer na vertente da defesa do consumidor (artigo 60º/1), quer na vertente empresarial, através dos direitos à liberdade de expressão e informação (artigo 37º).

No entanto, no mundo moderno, em que aquilo que se pretende saber está à distância de uma meia dúzia de cliques em qualquer tipo de *gadget*, abrindo-se, às nossas procuras, quase instantaneamente toda uma lista de bens e serviços, poder-se-á verdadeiramente afirmar que o objectivo principal da publicidade é informar?

A informação, em termos económico-comportamentais, pretende transmitir ao consumidor dados de que este não disporia sem a sua intervenção, situando-o num patamar em que a sua assimetria informativa é reduzida e as suas possibilidades económicas, aumentam, no sentido em que se lhe torna mais acessível a optimização da sua escolha.

Adami e Rodrigues⁴⁸ defendem, neste contexto, que é mais do intuito das empresas publicitárias e de todo o mercado secundário que é alimentado pela necessidade de valorização concorrencial dos produtos o apelo ao consumo do que reduzir a referida assimetria.

Assim, chegam as autoras à conclusão de que, dado que o objectivo desta é apelar ao consumo e não efectivamente informar, a publicidade não pode ser defendida como realidade perfeitamente integrada no direito à informação.

É até plausível que a sobre-utilização da propagação de informação⁴⁹ sobre um determinado produto seja intencionalmente exagerada por parte das empresas, com o

⁴⁸ Ver ADAMI, Betina Da Silva; RODRIGUES, Gabriela Wallau (2012) *Publicidade e informação na sociedade do consumo: Tensões entre a efetivação do direito à informação e a publicidade no cenário contemporâneo*. Direito & Justiça.

⁴⁹ Por vezes, até o excesso de informação, por muito rigorosa que seja, pode funcionar como um viés de disponibilidade. Mariana Júdice, *Economia Comportamental e Prestação de Informação Nos Mercados Bancários de Retalho*, 2018.

objectivo de familiarizar o cliente psicologicamente com o produto, mais do que genuinamente informá-lo sobre as suas características.

De facto, “*as decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se mais nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir*”.⁵⁰

Neste contexto, a pergunta reformula-se:

Será que promover uma ideia ou negócio próprio por meio de publicidade (ou disponibilidade direcionada⁵¹) é um ferir exagerado da esfera jurídica do seu alvo, tendo em conta os benefícios se lhe provoca a ele e ao negócio ou ideia que se pretende expandir?

Poderá ser que se justifique na medida em que chama a atenção para um mundo fantástico de luxos e oportunidades até aí desconhecidas e por isso não investigadas virtualmente, mas deve questionar-se se as eventuais vantagens informativas trazidas pela publicidade justificam a perturbação constante das rotinas dos cidadãos⁵², já desgastadas pelo stress por uma enorme panóplia de poluição visual e sonora.

De facto, tal como afirma Menezes Leitão: “*o modelo tradicional do comércio pré-sociedade industrial, em que o comerciante se encontrava calmamente instalado no seu estabelecimento, onde aguardava passivamente a chegada dos clientes, foi actualmente substituído por um modelo de comerciante activo e dinâmico, que vai em busca dos seus clientes, procurando através das mais variadas técnicas convencê-los a adquirir o seu produto, técnicas essas que muitas vezes estabelecem um autêntico cerco ao consumidor, quando não mesmo o manipulam psiquicamente*”.⁵³

⁵⁰ Cfr. COUTO, Rute (2013) *Publicidade: Dimensão do direito do Consumidor à informação*

⁵¹ A Publicidade poderá ver-se, em termos económico-comportamentais, como uma forma intencional de aproveitar a heurística da disponibilidade (normalmente misturando-a com outros vieses) com o objectivo de promover determinados bens, serviços ou ideias.

⁵² A isto acresce que os alvos da publicidade não têm acesso a uma defesa fácil contra a sua manipulação psicológica. Não lhes é dada a noção de que direito proteger nem contra quem o fazer.

⁵³ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, ‘As Práticas Comerciais Desleais Nas Relações de Consumo’, *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa Dos Direitos Dos Consumidores*, 2012, pág. 369.

Não será contrário à dignidade humana e à autodeterminação a imposição unilateral de informação interessada aos seus olhos e ouvidos desprevenidos, de forma a apelar ao consumo constante?

A resposta a esta pergunta é de contornos complexos, mas poder-se-á dizer que, mesmo como manobra de persuasão, a publicidade atinge os fins constitucionalmente válidos, pois enquadra-se no direito à livre iniciativa económica, previsto no artigo 61º da CRP, somando-se a este o já referido direito à liberdade de expressão.

Por outro lado, não existe uma lesão excessiva de direitos alheios, pois que mesmo a erosão auditiva e visual de potenciais consumidores com anúncios, por muito desgastantes que sejam, não representa uma lesão do direito passivo do consumidor⁵⁴ de não ser incomodado suficientemente relevante para alterar um costume já tão enraizado das empresas, desde a revolução industrial.

Poderia ponderar-se a existência de uma forma de promover produtos mais equilibrada em termos de balanço total de direitos exercidos e violados, não tão sujeita a vieses intencionais integrados pelas empresas nos seus anúncios para efeitos persuasivos.

No entanto, e pese embora o ritmo intenso de vida e o stress prometam uma maior permeabilidade a irracionalidades enviesadas pela publicidade, existe uma espécie de habituação social ao consumismo e ao apelo constante de novos produtos e serviços.

Hausman e Welch defendem ainda a possibilidade destes efeitos persuasivos serem mitigados pela sua variedade e diferentes intenções, dada a quantidade de empresas enviesadoras⁵⁵, retirando-lhes credibilidade, e permitindo aos consumidores alguma liberdade neste aparente caos de custos e benefícios.

A isto acresce que existem fenómenos semelhantes à publicidade repetitiva e persuasora, muito mais antigos e costumeiros como os pregões das feiras ou das praças, que são parte integrante das idiosincrasias culturais portuguesas, e que se diferem formalmente da propaganda empresarial, são-lhes idênticas em intenção e natureza.

⁵⁴ Cfr., a este propósito, o artigo 60º da Constituição da República Portuguesa, que se refere aos direitos dos consumidores.

⁵⁵ Daniel M. Hausman and Brynn Welch, 'Debate: To Nudge or Not to Nudge', *Journal of Political Philosophy*, 2010 <<https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x>>., pág 129: "What makes the cacophony of invocations of irrational responses by non-governmental agents tolerable (to the extent that it is tolerable) are, we suggest, the limits to its effectiveness and the extent to which these invocations conflict with one another and cancel one another out."

O problema transforma-se, no entanto, quando o que está em causa é a publicidade de bens pecaminosos, que representam uma potencial fonte de custos de longo prazo para o agente económico, praticamente invisíveis no momento da opção, sobretudo num contexto de caos valorativo apresentado pelo mercado.

No capítulo anterior, abordamos a tensão entre os sistemas racional e automático, que pode afectar a racionalidade ou irracionalidade das nossas escolhas.

Embora esta tensão seja natural à psique humana, nos dias que correm esta aparenta uma intensidade ainda maior, por força da comparação constante entre a imagem social de perfeição que por um lado nos é transmitida virtualmente através dos meios de comunicação e por outro pelo apelo constante ao pecado através desses mesmos meios de comunicação, dificultando o alcançar desse ideal de perfeição.

Um e outro apelo têm a mesma base narcísica: a sedução do indivíduo pelo espelho que pretende de si próprio⁵⁶, centrando-o em si mesmo e na história em que vive mentalmente⁵⁷, sub-repticiamente infiltrando-se dentro dela para o convencer a deixar que os produtos publicitados façam parte dela.

“Uma das maiores conquistas do marketing foi perceber que o indivíduo pretende encontrar a sua identidade através do consumo. Desde os anos 80 que o marketing desenvolve a inteligente tarefa de criar uma identidade para o produto, satisfazendo assim o desejo que os consumidores têm de se identificarem com determinados estilos de vida para construírem a identidade ambicionada. O papel da publicidade no individualismo exacerbado, que Lipovetsky anunciou sagazmente na “Era do vazio”, ainda hoje continua a contribuir para uma sociedade consumista”⁵⁸

⁵⁶ “Sem dúvida, temos de partir do mundo do consumo. Com a profusão luxuriante dos seus produtos, imagens e serviços, com o hedonismo que induz, com o seu clima eufórico de tentação e proximidade, a sociedade de consumo revela até à evidência a amplitude da estratégia da sedução.” Gilles Lipovetsky, *A Era Do Vazio* (Lisboa: Relógio D’Água, 2007), p.18

⁵⁷ GEORGE A. AKERLOF and ROBERT J. SHILLER, *Phishing for Phools, Phishing for Phools* (Princeton University Press, 2019) <<https://doi.org/10.2307/j.ctvc777w8>>.

⁵⁸ G.M.P. Gonçalves, “A Publicidade Só é Má Quando Promove Coisas Más”, in *Livro de Actas 4º SOPCOM* (Aveiro: Livro de Actas 4º SOPCOM. Universidade de Aveiro, 20-21 Out, 2005), pp. 277–86 <<http://www.sopcom.pt/actas/goncalves-gisela-publicidade-so-ma-quando-promove-coisas-mas.pdf>> [accessed 8 January 2012].

Mas este apelo ao individualismo, porque feito por empresas diferentes, é muitas vezes contraditório: à imagem de si mesmo que o indivíduo pretende de livre e descontraído, que “aproveita a vida” chama o apelo ao consumo de álcool, ao *cool* do tabaco, ao sabor do *fast food*. Já à imagem que o indivíduo prossegue de beleza e perfeição quase robótica, chamam os anúncios de cosméticos, os ginásios, as clínicas de emagrecimento.⁵⁹

Não é aliás descabida a coincidência destes apelos quase em simultâneo, bastando imaginar a frequente situação de um anúncio de beleza em frente das grandes luzes de um restaurante de *fast food*, ou, nas séries e filmes televisivos, a elegância dos actores de pele e cabelos perfeitos com uma cerveja na mão enquanto conversam descontraidamente.

Esta dicotomia constante tem como consequências o aumento da ansiedade, do stress e do cansaço que por sua vez aumentam, num ciclo vicioso, a propensão para o pecado e para a imperfeição, diminuindo ou quase impossibilitando o objectivo de bem estar social que deveria presidir à economia.

Mas o mercado é cego⁶⁰ a este problema. As lojas de roupa almejam, compreensivelmente, o lucro e as lojas de *fast food* também. Enviando sinais contrários, este ambiente social de apelos constantes nega-se a si próprio “numa promessa de felicidade que nunca se chega a cumprir”.⁶¹

Nas palavras de Ariely: *“Somos constantemente lembrados que podemos ser o que quisermos e fazer o que quisermos. O problema é concretizar este sonho. Temos de desenvolver-nos de todas as maneiras possíveis: experimentar todos os aspectos da vida;*

⁵⁹ Rh Thaler and Cr Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, 2008 <<https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>>., pág. 80: “In many markets, firms will be competing for the same consumers but will be offering products that are not merely different but that directly oppose each other. Some firms sell cigarettes; others sell products that help you quit smoking. Some firms sell fast food; others sell diet advice.”

⁶⁰ Neste mercado aparentemente esquizofrénico, há ainda espaço para uma interrogação cáustica: será que, no seio das empresas que publicitam e esgotam as defesas racionais dos seus futuros clientes, existe consciência deste mecanismo paradoxal? O dinheiro que roda nos negócios da saúde e do corpo aumenta exponencialmente se os seus clientes se virem constantemente a consumir bens que comprometem o seu bem-estar físico.

⁶¹ Na tradição cristã, o pecado é muitas vezes definido como “uma promessa de felicidade que não se cumpre”.

assegurarmo-nos de que das 1000 coisas que temos de ver antes de morrer, não paramos no número 999.”⁶²

Na sociedades ocidentais, em que muitas vezes os bens primários de subsistência estão garantidos (um tecto, uma cama, a alimentação necessária à sobrevivência), encaixa neste novo narcisismo, de forma intensa, o jogo social, o prestígio.

As perdas e os ganhos deixam então de se medir apenas em termos absolutos, mas também em termos relativos – “em que nível de “estatuto” é que este carro, este vestido, este casaco, este cigarro, esta cerveja me colocam⁶³”, é a pergunta que os compradores cada vez mais fazem e que os orienta, conscientes disso ou não.

Estes bens têm o valor não só do que são, mas do que podem representar em termos de ganhos sociais: em que grupo é que cada consumidor se pode integrar, qual a “sociedade” que pode comprar.

Como vimos, não é uma afirmação muito ousada dizer que a maioria dos adolescentes começa a beber ou a fumar não pelo sabor do álcool e do tabaco, mas pelo seu valor integrador em rituais de grupo.⁶⁴

Esta ânsia de integração que está na base da compra pelos bens é uma derivação do viés do *comportamento de manada*, particularmente no caso do tabaco e do álcool, em que o valor intrínseco ou absoluto dos bens é gritantemente inferior ao seu valor relativo ou social.

O pecado desafia assim o postulado da economia como jogo de soma positiva. Comprar um maço de tabaco é sempre um prejuízo para a parte que o compra, quiçá superior ao benefício monetário do vendedor.

⁶² Ver Ariely., pág. 104. Tradução livre

⁶³ Novamente é aqui de referir a teoria dos dois mundos de Fiske., já abordada no capítulo anterior a propósito do viés *comportamento de manada*.

⁶⁴ *Por que as pessoas começam e continuam a fumar?* | INCA - National Cancer Institute, Consult. 9 abr. 2019. Disponível em <URL:<https://www.inca.gov.br/en/node/1727>>.

De certa forma, mais do que um jogo de soma zero, a compra e venda de tabaco⁶⁵ representa um jogo de soma negativa: este praticamente não tem valor para além do viés que o alimenta. Mais do que isso, talvez seja até não somente irracional e de soma negativa, é um círculo vicioso de irracionalidade e de exponencialidade negativa: *é um vício económico*.

Mas o mercado não se compadece dos consumidores irracionais, mais ou menos entregues a um vício. Na sedução do mercado não existe espaço para a restrição moral de escolhas, apenas para a sua multiplicação.

Nas palavras de Lipovetsky, *“A vida sem imperativo categórico, a vida kit modulada em função das motivações individuais, a vida flexível da época das combinações, das opções, das fórmulas independentes tornadas possíveis por uma oferta infinita – é assim que opera a sedução.”*⁶⁶

Desta forma, “os mercados tendem a tirar partido das fragilidades humanas, em vez de as reduzirem”.⁶⁷

Na análise que leva a cabo dos vieses no seu livro “Previsivelmente Irracional”⁶⁸, Dan Ariely dedica um capítulo a desmontar o mito da oferta e da procura, defendendo que a procura é facilmente manipulável pela oferta através da publicidade.

Como exemplo, Ariely conta a história do negociante que descobriu as pérolas negras na Polinésia Francesa, desconhecidas do mercado até então.

⁶⁵ No caso do álcool e do *fast food* poderão haver outros ganhos, que embora não compensem um sobre consumo destes bens, tornam um pouco hiperbólica a imagem que se segue.

⁶⁶ Assim é afirmado em Lipovetsky., pág: 19

⁶⁷ Um dos exemplos referidos por Thaler e Sunstein sobre a arquitectura *perversa* da escolha feita pelo mercado, é o das empresas de seguro, que se aproveitam do viés de sentimento de insegurança dos seus clientes para pedirem mais dinheiro pelo seguro do que aquilo que este aritmeticamente valeria.

Por exemplo, um telemóvel que custa 100 euros e que tem uma probabilidade de se partir de 1 por cento ou 0,1 (esta medição é possível se se tiver em conta quantos telemóveis é que se partem numa determinada cidade num ano por cada 100 pessoas), o preço justo da garantia anda por volta dos 1 euros por ano, e não dos 20 euros como é normal no mercado dos seguros.

⁶⁸ Ver ARIELY, Dan (2011) *Previsivelmente Irracional* - Dan Ariely. International Journal of Market Research

Aproveitando-se da ignorância do mercado, ficcionou-lhes, num golpe publicitário, um preço altíssimo (injustificado uma vez que não eram suficientemente escassas para serem tão valiosas), pondo-as à venda no mercado de luxo.

Rapidamente as pérolas negras se transformaram num elemento providenciador de prestígio social, e muitos daqueles que o almejavam a qualquer preço, pagaram irracionalmente 7 ou 8 vezes o que estas valeriam em condições normais.⁶⁹

Através destes e outros casos, Ariely desafia a lei da oferta e da procura, dizendo que por vezes há uma ancoragem⁷⁰ da procura em preços manipulados pela oferta ou pela própria procura que se engana a si mesma, como ocorre nas situações em que presume que restaurante lotado terá maior qualidade do que um vazio.⁷¹

No entanto, a meu ver, estes vieses não põem em causa a lei da oferta e da procura, antes a reforçam. O comerciante das pérolas negras só iludiu a procura no contexto da *própria lei da oferta e da procura*: a escassez do bem aumenta o preço. O que houve foi uma ilusão de escassez. A procura só cedeu ao aumento de preço porque foi levada a crer que o bem era mais escasso do que realmente era.

Estes vieses económico comportamentais implantados pela oferta no sentido de aproveitar a irracionalidade da procura não desafiam a lógica tradicional do mercado, apenas a aproveitam (numa acção não isenta de manipulação) para seu próprio bem.

No entanto, existe uma diferença entre estas práticas claramente artificiais e enganadoras e a comercialização do pecado.

É possível assim fazer uma distinção entre publicidade ao pecado e publicidade dolosa/enganosa, indirecta ou oculta.

A DIRECTIVA 2006/114/CE sobre publicidade enganosa e indirecta, define publicidade enganosa da seguinte forma:

⁶⁹ ARIELY, Dan (2011) *Previsivelmente Irracional* - Dan Ariely. International Journal of Market Research, págs 167-184

⁷⁰ Fixação prévia de conceitos que enviesam o raciocínio económico.

⁷¹ Referido em ARIELY, Dan (2011) *Previsivelmente Irracional* - Dan Ariely. International Journal of Market Research págs, 142-145, mais um caso de acção sob influência do viés *comportamento de manada*.

«Publicidade enganosa»: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é susceptível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afectar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente.”

Parece-me que, contrariamente à publicidade enganosa que pretende *induzir em erro*, a publicidade ao pecado meramente *instiga a irracionalidade*.

Enquanto que a publicidade enganosa pretende iludir a procura em relação ao real valor de um bem, atribuindo-lhe qualidades que não tem e que são relevantes para o objecto do contrato, criando assim um erro onde ele não existia, a publicidade ao pecado não pretende iludir ninguém, porque o consumidor está a par da sua irracionalidade.

Naturalmente torna mais difícil ao pecador resistir a esta irracionalidade, por isso *instiga irracionalidade*, mas não tem um carácter propriamente enganador.

A principal característica que distingue a publicidade ao pecado da publicidade enganosa é assim o facto de não querer transmitir qualidades que estes não têm, limitando-se a sobrevalorizar as suas virtudes, mas nem esta prática nem a de omitir os defeitos são ilegítimas ou incomuns no reino publicitário.

Apelando, por exemplo, ao consumo do álcool pelo sua virtude de desinibição social, e omitindo possibilidade de implicar problemas futuros para a saúde se consumido em excesso, o álcool está a ser publicitado dentro daquilo que seria expectável e exigível aos seus comerciantes, da mesma forma que qualquer artigo (um carro, um chocolate, uma casa) é apresentado com ênfase nas suas qualidades e não nos seus defeitos.

Não será assim a publicidade ao pecado que provoca o pecado, limitando-se a expor um artigo da forma mais apelativa possível, sendo próprias características inerentes ao artigo (particularmente, o seu carácter viciante), que o tornam pecaminoso e irracional.

Dito de outra forma, e no seguimento da ideia já várias vezes revisitada ao longo deste trabalho, a irracionalidade nestes casos não é uma criação artificial da oferta, um logro, mas antes um resultado de problema *ex ante*: a relação viciada que a procura tem face a certos produtos que apelam, por si, à irracionalidade – os bens pecaminosos.

O artigo 60º da CRP e a Lei 24/96, que estabelecem os direitos do consumidor, proíbem também a publicidade indirecta e oculta.

Sendo a Publicidade indirecta a inserção de publicidade no contexto de filmes, novelas e programas, que não pode ser evitada pelo espectador se quiser ver o programa em questão, e a publicidade oculta o elogio ou crítica interessada a determinado gestor ou empresa; também não existe uma correspondência absoluta entre estes tipos de publicidade e a publicidade ao pecado.

Podem ser coincidentes (inserir discretamente uma marca de cerveja na T-shirt do protagonista da novela, ou elogiar no telejornal com interesses ocultos a gestão de uma grande tabaqueira), mas nem toda a publicidade oculta ou indirecta é *pecadora*, e a publicidade ao pecado, apesar de todo o complexo e pouco transparente problema dos vieses, não é necessariamente oculta ou indirecta.

No caso dos bens pecaminosos, o viés não é criado artificialmente pela oferta (embora haja um aproveitamento deste) sendo antes inerente à própria procura. Muitas vezes, oferta apenas destapa o raciocínio por detrás do consumo pecaminoso da procura⁷², associando, por exemplo, nos anúncios de bebidas alcoólicas, o seu produto à boa disposição de um grupo – uma referência indirecta ao comportamento de manada.

Surge assim o problema de que, no caso do pecado, pela sua intensa irracionalidade, a força dos vieses se multiplica, e por esse motivo é que a “publicidade ao pecado”, como *vies sobre vies* merece, uma análise especial.

⁷² Esta afirmação não é uma condenação moral do mercado. Não seria expectável nem exigível que o mercado se comportasse de outra forma, que fosse médico em vez de mero providenciador e negasse, aos pecadores, o acesso aos pecados que lhes são nocivos. Esse é o papel da regulação.

2.2. A Publicidade Pública

O conceito de publicidade está presente no artigo 3º do código da publicidade, como qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada com o objectivo de promover bens e serviços ou ideias.⁷³

Chamemos a atenção para a possibilidade de esta ser feita por “entidades de natureza pública ou privada”.

É interessante verificar que a publicidade não é meramente uma arma de mercado das empresas privadas, podendo ser utilizada por uma entidade de natureza pública.

Se nos pontos anteriores foi abordada a legitimidade da publicidade privada, aqui será abordada a questão da legitimidade da “publicidade pública”⁷⁴, que muitas vezes se concretiza na forma de “marketing social”.⁷⁵

Levanta-se aqui o problema de ponderar a legitimidade do Estado para fazer uso de manobras de carácter publicitário, equiparando-se às empresas privadas, com a extremamente relevante diferença face a estas de se servir de fundos públicos para difundir informação interessada.

⁷³ Artigo 3.º do Código da Publicidade

Conceito de publicidade

1 - Considera-se publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:

- a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;
- b) Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

2 - Considera-se, também, publicidade qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objectivo, directo ou indirecto, promover o fornecimento de bens ou serviços.

3 - Para efeitos do presente diploma, não se considera publicidade a propaganda política.

⁷⁴ Ver ‘Social Marketing: Strategies for Changing Public Behavior’, *Choice Reviews Online*, 27.07 (1990), 27-3939-27-3939 <<https://doi.org/10.5860/choice.27-3939>>.

⁷⁵ Kotler e Roberto propõem uma definição “marketing social”, caracterizando-o como um mecanismo de alteração do comportamento de um determinado público alvo, *in* Kotler, P., & Roberto, E. L. (1989). *Social marketing. Strategies for changing public behavior*.

Se o objectivo da solução publicitária governativa é visar a divulgação de serviços públicos, a publicidade pública não é totalmente desprovida de sentido, uma vez que é do interesse dos cidadãos saber que tipo de apoios o que têm à sua disposição, já que foram associados ao seu próprio esforço contributivo e visam a utilização pública.

No entanto, o intuito da publicidade pública ultrapassa por vezes os limites de informação providencial, chegando ao ponto de assumir uma função “educadora” dos cidadãos.

No site website da direcção geral do consumidor, é dito, a propósito da educação económica do consumidor, o seguinte:

“Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação;”⁷⁶

Incumbirá ao Estado “educar” o consumidor no sentido de escolhas mais racionais?

É importante a resposta a esta pergunta, no âmbito deste trabalho, pois que um dos *nudges* a analisar (o *nudge feedback*)⁷⁷, tem uma forte componente educativa, mais do que regulatória. De certa forma, a educação económica do consumidor, mesmo quando realizada contra os seus próprios pecados, constitui um tipo de *propaganda de ideias*: daquilo que o Estado entende por racionalidade.

Em relação à propaganda de ideias, outros problemas se levantam, nomeadamente de índole democrática: se a ideia é válida porque maioritariamente aceite pela sociedade (e, portanto, democrática), não se entende a necessidade da sua publicitação, excepto como manobra persuasora da minoria que se lhe opõe.

Quando estão em causa pontos de vista tais como o de que “o pecado (álcool, tabaco e fast food em excesso) é nocivo para a saúde, que podem ver-se como maioritariamente aceites pela sociedade, pelo menos como quimera valorativa, a sua publicidade será,

⁷⁶ Ver site da Direcção Geral do Consumidor, disponível em ‘Direitos Dos Consumidores’ <https://www.consumidor.gov.pt/informacao-ao-consumidor_25/direitos-dos-consumidores.aspx> [accessed 8 April 2019].

⁷⁷ Infra cap 4.1

portanto, um meio de persuadir aqueles que dela não estão inteiramente convencidos a cederem.

Mas esta persuasão poderá constituir um abuso da minoria pela maioria, e uma violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, referido no artigo 26º/1 da CRP, pois se a minoria não aderiu ainda, neste ponto, à ideia, deverão ser respeitados os seus motivos, sejam estes de que espécie forem. Qualquer “educação” para o consumo deve assim ter em conta que valores superiores são defendidos contra a vontade individual, e se estes justificam a sua utilização.⁷⁸

E se a publicidade pública dirigida ao consumidor não se basear sequer em ideias maioritariamente aceites⁷⁹ pela sociedade, ainda que assumidas por uma minoria científica ou esclarecida? Será legítima apenas por orientar os cidadãos no sentido da racionalidade? Que racionalidade?

Os conceitos de “custo” e “benefício” associados ao postulado da racionalidade não são de concretização evidente, até porque existe uma evidente carga subjectiva naquilo que será proveitoso para cada agente.⁸⁰

Esta “educação”, na modalidade relevante para este trabalho, que se entende ser a de uma promoção de uma ideia socialmente aceite como é a da nocividade do pecado, levanta um problema que lhe está a montante e que constitui a sua verdadeira pedra angular motivacional: o paternalismo.

É através da análise deste paternalismo contrário ao pecado que se medem os verdadeiros valores que estão na base deste comportamento, que se assumem ou se rejeitam como justificação suficiente para a intervenção nas liberdades individuais do consumidor.

⁷⁸ Conferir o capítulo seguinte: “O difícil equilíbrio do paternalismo libertário”.

⁷⁹ Embora mesmo nestes não haja garantias de racionalidade. A soja, por exemplo, já foi considerado um alimento muito saudável e portanto um “Bem de Investimento”, mas hoje em dia surgem cada vez mais dúvidas sobre as suas vantagens. Em tempos, o próprio tabaco (!) chegou a ser recomendado pela maioria da comunidade médica para resolver problemas de garganta (‘When Cigarette Companies Used Doctors to Push Smoking - HISTORY’ <<https://www.history.com/news/cigarette-ads-doctors-smoking-endorsement>> [accessed 8 October 2019].)

⁸⁰ Ana Cordeiro Santos, ‘A Arquitetura Da Escolha: Uma Análise de Economia Política’, 2017.

3. O DIFÍCIL EQUILÍBRIO DO PATERNALISMO CONTRA O PECADO

3.1. Afastamento do paternalismo total

Os bens pecaminosos são dotados de uma particularidade face a outros bens que possam ou não constituir-se como pouco benéficos conforme o contexto do agente, a sua situação económica, e a utilidade destes para os fins que a que almeja: são socialmente desconsiderados, ou seja, é de conhecimento geral a sua nocividade para qualquer agente, ou pelo menos a nocividade do seu consumo desregulado⁸¹.

Se esta imagem pública é real no caso do tabaco, do álcool e do fast food, deve questionar-se por que razão esta ideia, que é maioritária na sociedade, não tem uma concretização mais enérgica em termos paternalísticos, optando-se por uma proibição absoluta, numa solução de paternalismo *puro e duro*, do seu consumo.

Pelo contrário, as soluções mistas ou regulatórias que têm sido levadas a cabo não deixam de invocar a aparente contradição de soluções governativas que por um lado pretendem o desaparecimento de certos bens do mercado, mas que assumem uma postura tibia, desprovida da pujança necessária à concretização destes fins que julga necessários à saúde pública das suas populações.

Por outra parte, uma medida de paternalismo puro e duro abriria outro tipo de debate. Deve ter-se em conta um factor que na análise do paternalismo, é de carácter fulcral: a possibilidade de determinação da dimensão exacta da medida, para que seja possível monitorizá-la eficientemente nos seus contornos.

Face ao pecado, enquanto que o paternalismo mais intenso e assumido é possível de ponderar eficazmente no confronto face às liberdades individuais do consumidor⁸², outros tipos de paternalismo mais suaves, como veremos ser o paternalismo libertário, podem ser demasiadamente esbatidos nas suas intenções reguladoras para que seja possível aos cidadãos deles defender-se.

⁸¹ Se no caso do tabaco, os debates iniciais (veja-se a oposição realizada por C.C. Little às primeiras campanhas anti-tabaco) se foram esbatendo e hoje já não existe nenhuma voz relevante que questione os efeitos negativos do tabaco na saúde, a nocividade quantitativa do álcool e do *fast food* ainda não tem contornos consensuais na comunidade médica e científica.

⁸² Hausman and Welch., pág. 134: “*Furthermore, it might be more difficult to monitor attempts to shape choices than it would be to monitor openly coercive policies.*”

De resto, a proibição dos tipos de pecado abordados neste trabalho não seria uma completa novidade legislativa, tendo ocorrido já no panorama económico-jurídico internacional.

Em 1920, o governo norte americano proibiu, através do *Volstead Act* a negociação e consumo de bebidas alcoólicas, com o intuito de resolver os problemas de miséria, violência social e corrupção que lhes estavam associados, encobrendo no entanto outro tipo de conflito, entre a sociedade americana rural, antiga e protestante, que apoiava um modo de vida onde eram bem vistos os saloons e o consumo de bebidas alcoólicas, e a nova e emergente classe urbana, católica, que via no consumo de álcool e no excesso de saloons um sinal de degradação moral e social.

Por muitos considerado um dos mais flagrantes fracassos legislativos de todos os tempos, aquela que ficou para a história como a “Lei Seca” não conseguiu impedir o consumo deste pecado, que passou a ser feito em condições muito mais violentas num mercado negro alimentado por gangsters e todo o tipo de criminosos⁸³.

Este fracasso ocorreu por causa daquilo a que se poderá chamar um problema de diagnóstico por parte do Estado americano face ao pecado.

Analisando o problema do consumo excessivo de álcool, o governo achou que coartando a oferta, poderia alcançar a génese do problema, e que a simples ausência de vias legítimas para a propagação do pecado no mercado o fizesse desaparecer da vida dos seus cidadãos.

No entanto, no caso do álcool, revelou-se a realidade subjacente ao problema, que não está somente na oferta, mas na conjugação da sua natureza parasitária dos interesses (mesmo os mais obscuros) do mercado, e a existência destes interesses por parte da procura.⁸⁴

Este tipo de procura é avidamente inelástica, mesmo para além dos limites da Lei, e isto implica que mesmo se a oferta for proibida por Lei, os agentes económicos procurarão de igual forma onde a Lei não chega: no mercado negro.

⁸³ Ver LEIFELD, F. et al. - *Dry-Law Process*. Em *Nonwoven Fabrics*

⁸⁴ Ideia também defendida por Andrew Lansley no seu interessante artigo *Nudge smudge: UK Government misrepresents “nudge”*, publicado em 2019 pela revista *The Lancet*

Ou seja, não sendo uma irracionalidade do mercado ficticiamente e unilateralmente promovida pela oferta, é antes uma irracionalidade da própria procura, que a oferta aproveita, como é, aliás, compreensível.

O Estado vê-se, nestes casos, praticamente impotente, pois depara-se com o facto da ineficiência da regulação da oferta, descurando o facto de que a procura está literalmente viciada, ou seja, incontrolavelmente irracional.

Como Thaler e Sunstein bem observam, a fraqueza de carácter ou irracionalidade dos cidadãos esteve tanto na origem da crise de 2008 como a avidez dos banqueiros⁸⁵.

No contexto deste trabalho, e no seguimento da estória relatada, levanta-se uma pergunta de grande relevância, restaurada aliás actualmente relativamente ao combate ao tráfico de estupefacientes⁸⁶: será eficaz optar por uma proibição absoluta do pecado?

Inclinamo-nos a responder negativamente a esta interrogação, tendo também em conta que o pecado no seu sentido, aqui pretendido, de comportamento recorrente e economicamente irracional, remonta aos primórdios da própria civilização, estando mais sob o controle de regras sociais, através do já referido viés “comportamento de manada” de que da sociedade.

Talvez seja ainda mais difícil o seu combate do que face a outros comportamentos socialmente nocivos, como os homicídios, que pelo seu carácter hétero-lesivo se encontram, apesar de tudo, sob a alçada de uma forte repressão comunitária tácita. O pecado, pelo seu carácter auto-lesivo, é por vezes uma prova de valentia, em particular em ambientes de grande pressão de grupo como são os da adolescência.

Portanto, se os comportamentos hétero-lesivos acabam ser controlados socialmente, o que se constitui como um braço armado e indirecto da lei, os comportamentos pecaminosos são incentivados por essa mesma força que, nestes casos, a põe à prova.

⁸⁵ Embora estes por sua vez se tenham aproveitado da fraqueza de carácter dos seus clientes. Episódio relatado em THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, pág 335

⁸⁶ Matéria regulada no DL n.º 15/93, havendo quem considere o paternalismo total uma solução ineficaz. Nicolle Duek, *O Paternalismo Libertário Como Solução às Externalidades Negativas da Criminalização das Drogas*, pág. 8

Este factor social faz toda a diferença na abordagem ao pecado, pois exponencia a sua procura, levando Moss a defender a impossibilidade de fechar legalmente um mercado baseado em contratos igualmente e intensamente ambicionados por ambas as partes.⁸⁷

É assim urgente um redireccionamento estratégico por parte do Estado. Se o problema é também a procura, é também na procura que este deve ser enfrentado.

Mas a regulação do mercado pela procura é um assunto que requer uma análise cuidada, dado que a sua novidade legislativa, quer pela legitimidade do seu paternalismo que visa controlar o comportamento do consumidor.

⁸⁷ ‘Why Didn’t Prohibition Work? You Asked Google – Here’s the Answer | Stephen Moss | Opinion | The Guardian’ <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/mar/30/prohibition-google-autocomplete>> [accessed 7 November 2019].

3.2. O problema da legitimidade da regulação da procura

Que legitimidade há, então, da parte do Estado, para impor o seu próprio critério de racionalidade anti-pecado aos consumidores, tentando, num esforço quase despótico, controlar a procura?

A questão que se agora coloca, é a de saber se cabe ao Estado e ao legislador uma visão intervencionista na abordagem ao vício irracional a longo prazo. Deve *paternalizar-se* o pecado?

Gerald Dworkin caracteriza o paternalismo como a limitação da liberdade ou autonomia de um determinado agente, visando determinado tipo de fins⁸⁸.

O paternalismo anti-pecado é um paternalismo complexo, uma vez que algumas das suas vertentes são conceptualmente mistas.

Seria assim, por exemplo, à partida um paternalismo duro ou *hard* (e não *soft*)⁸⁹, uma vez que visa proteger o cidadão do pecado, apesar deste estar ciente das suas consequências. No entanto, parcialmente, poder-se-ia caracterizar também como um paternalismo *soft* ou informativo, sobretudo no que toca ao *nudge* “estruturar escolhas complexas”, que será analisado em maior detalhe no capítulo 5.1 deste trabalho.

Seria também um paternalismo impuro. O paternalismo *puro* visa a protecção daqueles a quem as restrições são dirigidas, o paternalismo *impuro* estende essa protecção a terceiros⁹⁰. No caso do pecado, há um factor externo ao negócio pecaminoso, como iremos apurar. Mas também aqui não é trivial a exclusão de uma das características, uma vez que o

⁸⁸ « *The analysis of paternalism involves at least the following elements. It involves some kind of limitation on the freedom or autonomy of some agent and it does so for a particular class of reasons.* » Gerald Dworkin, ‘Defining Paternalism’, in *Paternalism: Theory and Practice*, 2010 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139179003.002>>.

⁸⁹Gerald Dworkin, ‘Defining Paternalism’, in *Paternalism: Theory and Practice*, 2010 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139179003.002>>. pág. 34: « *Soft paternalism is the view that paternalism is justified only if an action to be committed is involuntary. John Stuart Mill gives the example of a person about to walk across a damaged bridge. We can't tell the person the bridge is damaged as he doesn't speak your language. According to soft paternalism, we would be justified in forcing him to not cross the bridge so we could find out whether he knows about the damage. If he knows and wants to jump off the bridge and commit suicide then we should allow him to. Hard paternalists say that at least sometimes we are entitled to prevent him from crossing the bridge and committing suicide.* »

⁹⁰ Dworkin, ‘Defining Paternalism’, pág. 34: « *Pure paternalism is paternalism where the person(s) having their liberty or autonomy taken away are those being protected. Impure paternalism occurs when the class of people whose liberty or autonomy is violated by some measure is wider than the group of persons thereby protected.* »

paternalismo anti-pecado é também *puro*, possuindo um grande factor de protecção do próprio pecador.

Por último, o paternalismo anti-pecado seria também um paternalismo *welfare*, por oposição a um paternalismo moral,⁹¹ pois pese embora (mais uma vez aqui na fronteira conceptual) haja um grande factor de moralismo no combate ao pecado⁹², é o bem estar económico do agente pecador e de terceiros (como veremos no ponto 3.3.) que poderá eventualmente justificar este tipo de paternalismo, pelo menos na abordagem económico comportamental de Thaler e Sunstein.

Nas sociedades modernas, cresce a popularidade da regulação do consumidor relativamente a pecados como o álcool, a comida processada ou o tabaco através medidas fiscais e de marketing que “por vezes excessivas ou indiferenciadas, suscitam resistências, sendo entendidas como novas feições ditatoriais do Estado.”⁹³

É hoje consensualmente legítimo que haja alguma regulação sobre o que as crianças comem, mor e nomeadamente nas escolas públicas, uma vez que não só estas são mais propensas a irracionalidades por ainda não terem um total controle sobre si mesmas⁹⁴ mas porque convém existir um mínimo de coerência na educação para o consumo entre o que o Estado apregoa como válido nutricionalmente e o que o Estado providencia nas suas escolas.

⁹¹ Ver em Dworkin.: “Moral paternalism is where paternalism is justified to promote the moral well being of a person(s) even if their welfare wouldn't improve. For example, it would be argued that someone should be prevented from prostitution even if they make a decent living off it and their health is protected. A moral paternalist would argue that it is ethical considering prostitution is morally corrupting » em Gerald Dworkin, ‘Moral Paternalism’, *Law and Philosophy*, 2005 <<https://doi.org/10.1007/s10982-004-3580-7>>.

⁹² É, tal como refere Sérgio Vasques a propósito da tributação ao pecado, uma medida “ao serviço de um propósito moralizador, *condicionante* da vida em sociedade e *condicionado* por ela mesma.” em Sérgio Vasques, *Os Impostos Do Pecado*, 1998.

⁹³ MEDEIROS, Rui e DA SILVA, Jorge Pereira, “Artigo 24.º”, in Jorge Miranda – Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 263. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. V, 2006, p. 135

⁹⁴ Publicidade ao pecado alimentar (alimentos de elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados) dirigida a menores proibida pela alteração ao Código da Publicidade, introduzida pela lei 30/2019, tendo entrado em vigor no dia 23/04/2019

No entanto, relativamente a um adulto, a intervenção paternalista ganha contornos mais difíceis. As “boas escolhas” do agente económico são dotadas de uma enorme dose de subjectividade e de individualidade.⁹⁵

Pode haver algum cidadão que, de forma pouco comum mas igualmente legítima em confronto com as posições de outros cidadãos, considere o pecado uma “boa escolha” económica, optimizadora do seu bem-estar, como um fumador para quem o cigarro significa uma dose tão enorme de prazer que compensa todos os problemas de saúde que daí possam advir a longo prazo, numa filosofia de vida epicurista que prefere valorizar o momento em detrimento das preocupações com o Futuro.⁹⁶

Se a saúde é instrumental, ou seja, serve outros propósitos para além de si mesma, na medida em que potencia a funcionalidade corporal para tirar proveito das oportunidades da vida, será que a protecção de saúde de longo prazo, prejudicando os prazeres de curto prazo, é mesmo “uma boa escolha” para toda a gente?

Sendo a saúde também um meio para a obtenção de prazer, pode questionar-se a assunção de que deve ser defendida a todo o custo, perante toda a gente, mesmo em detrimento do próprio prazer para que foi construída.

A todas estas perguntas deve responder-se que muitas vezes, as circunstâncias que levaram um consumidor a optar por um Bem Perverso não são tão livres quanto aparentam ser, pois foi, na realidade, vítima do automatismo de um viés.⁹⁷

É também verdade, que o prazer obtido numa escolha pecaminosa ou irracional é sempre mentiroso porque descontrolado e automático (e por isso pouco voluntário, condição essencial do prazer), e acaba por não satisfazer, nem no presente nem certamente no futuro, as expectativas que promete, sendo por isso, sempre irracional, mesmo de uma perspectiva meramente individual-epicurista.

Mas desse facto não decorre necessariamente que caiba ao Estado impedir os consumidores de serem irracionais e regular as escolhas de um cidadão adulto, maior de

⁹⁵ SANTOS, Ana Cordeiro; COSTA, Vânia (2016) *Regular o consumidor? Novas tendências de política no setor financeiro*. Analise Social.

⁹⁶ Ver Ted O’Donoghue and Matthew Rabin, ‘Doing It Now or Later’, *American Economic Review*, 89.1 (1999), 103–24 <<https://doi.org/10.1257/aer.89.1.103>>.

⁹⁷ Supra 1.2

idade, eleitor e contribuinte, relativamente àquilo que ingere, mesmo que lhe seja prejudicial em todos os aspectos, inclusive o prazer que pretende atingir.

Sob esse tipo de lógica, de paternalismo *puro*, é muito difícil aceitar a legitimidade do paternalismo anti-pecado pois que se penetra numa área perigosa em que o Direito, em vez de se cingir à protecção da sociedade como um todo, procura proteger cada cidadão de si próprio.

Não esqueçamos a violação que este paternalismo anti-pecado de base controladora da escolha pessoal representa para o “elemento individualista”, introduzido por Locke na filosofia do direito, do qual se retira “uma concepção teleológica do Estado, que não pode deixar de se traduzir na limitação dos meios por ele empregues ao fim que lhe é reservado.”⁹⁸

Este fim é a dignidade humana, cujo núcleo corresponde “à liberdade humana, único bem indestrutível pela vontade de seu titular”⁹⁹

Dado que toda a restrição deve servir, em última análise, para proteger a liberdade enquanto valor último, só existe uma possibilidade justificativa desta restrição da escolha económica e liberdade do indivíduo: uma lógica de bem comum, uma *liberdade colectiva* que lhe seja hierarquicamente superior e que justifique a restrição e controle do consumo de certos bens.

Não se constituindo, portanto, o paternalismo puro e moralista como justificação suficiente para a regulação do pecado, é na sua extensão ao interesse de terceiros e da sociedade que está a chave conceptual do seu sentido.

Poder-se-ia dizer que a grande justificação material para o Paternalismo contra o Pecado é a defesa da Saúde Pública em geral, quer na forma de soma de saúdes (pecadoras) individuais, quer na forma de saúde contextual daqueles que sofrem as eventuais externalidades de um comportamento pecaminoso.

⁹⁸ NUNES VICENTE, Laura (2019) *O princípio da proporcionalidade - Uma Nova Abordagem em Tempos de Pluralismo*, pág.16

⁹⁹ Ver Giovanni Vidal Guaragni, *Os Fundamentos Teóricos Do Paternalismo Jurídico e Da Liberdade Individual Para a Autolesão e Heterolesão Consentida*, 2017.

No entanto, mesmo na modalidade de soma de saúdes individuais, é necessário ainda um pequeno percurso da mera “assunção poética” da Saúde Pública para um fim mais próximo da prática, materializado pelo facto de cada cidadão ser um potencial utente do Sistema Nacional de Saúde, e de a sua irracionalidade em matérias de saúde não se constituir apenas como um dano directo a si próprio, mas como um dano indirecto ao bem estar económico (*welfare*) da sociedade.¹⁰⁰

Pretendendo-se ainda um propósito mais concreto das medidas paternalistas, poderá este ser então a redução do número de utentes do Serviço Nacional de Saúde, provocados pelo pecado, e assim dos gastos do erário público.

Assim, é o welfarismo que constitui a grande justificação do paternalismo anti-pecado.
101

Por outro lado, e ainda que não houvesse um sistema de saúde público, haveria outro tipo de consequências do pecado sobre terceiros a serem discutidas, embora de diferente grau conforme o pecado em causa: o fumo passivo no caso do tabaco¹⁰², o despoletar de comportamentos violentos e neuróticos por parte do excesso de álcool no sangue, e um certo factor epidémico da obesidade, já discutido actualmente como externalidade de uma alimentação desequilibrada¹⁰³.

O paternalismo alimentar entra assim também de certa forma na mesma categoria em que está a vacinação obrigatória, embora num grau muito mais ténue e discutível: a defesa da saúde da maioria prevalece sobre as escolhas individuais.

¹⁰⁰ Ver ‘Entrevista Carl Mitcham O "Risco Moral" Da Saúde Gratuita | TEMAS | PÚBLICO’ <<https://www.publico.pt/2008/05/27/jornal/entrevista-carl-mitcham-o-risco-moral-da-saude-gratuita-262706>> [accessed 10 April 2019]. disponível em <https://www.publico.pt/2008/05/27/jornal/entrevista-carl-mitcham-o-risco-moral-da-saude-gratuita-262706>.

¹⁰¹ Nas palavras de van Aaken, «*There is no problem with nudging if third parties or public goods are affected, and no special justification is necessary to delineate the rights of one person from those of others (together with the provision of public goods, making such allocative choices constitutes a core prerogative of States), so long as the means are proportionate.*» in Ver Anne van Aaken, ‘Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment’, in *Choice Architecture in Democracies* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2016), pp. 161–96 <<https://doi.org/10.5771/9783845263939-161>>., pág. 22

¹⁰² Cfr. Thaddeus Mason Pope, ‘Balancing Public Health against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations’, *The University of Pittsburgh Law Review*, Winter (2000), 419–98.

¹⁰³ Ver Saraiva, Rute. (2010). *Uma Questão de Peso: Análise Jurídico-Económica da Obesidade*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Almedina

Também Gostin defende o paternalismo de defesa da saúde pública contra o “harm principle” de Stuart Mill, que limita as restrições à liberdade individual aos casos em que o cidadão representa um risco significativo de dano a terceiros, afirmando uma base populacional, ou seja, o bem estar geral de uma determinada rede demográfica.¹⁰⁴

Mas a forma como essa defesa é feita é essencial, tendo de se manter sempre o respeito pela liberdade de escolha, pois afinal, são também a procura e o consumidor que são regulados. É aqui que o paternalismo libertário vem propor uma teoria mais leve, mais liberal de paternalismo, que merece agora ser discutida.

¹⁰⁴ Cfr. Govin, ‘A Broader Liberty: J.S. Mill, Paternalism and the Public’s Health’., pág. 24: “*When seen from a population-based perspective that counts the number of lives saved, paternalism becomes a plausible justification for interventions that do not pose a truly significant burden on individual liberty, but go a long way towards safeguarding the health and well-being of the populace.*”

4. O PATERNALISMO LIBERTÁRIO E O PECADO

4.1. O Paternalismo Libertário e os seus *nudges*

O Paternalismo libertário é uma solução mista entre o liberalismo e o paternalismo, partindo da ideia de irracionalidade previsível dos agentes económicos, ou da sua racionalidade limitada que se traduz na vulnerabilidade a vieses e consequentemente, ao pecado recorrente, como delineado no decorrer desta tese.¹⁰⁵

Ariely explica desta forma a previsibilidade da nossa irracionalidade: “*Não só cometemos erros surpreendentemente simples diariamente, como cometemos sempre o mesmo tipo de erros. Pagamos constantemente demasiado pelas coisas, subvalorizamos e procrastinamos. Ainda não percebemos os profundos efeitos das nossas emoções no que queremos, e sobrevalorizamos o que temos. No entanto, este tipo de comportamentos erróneos não são nem aleatórios nem desprovidos de sentido. São sistemáticos e previsíveis – tornando-nos previsivelmente irracionais.*”¹⁰⁶

É sobre esta ideia de irracionalidade previsível¹⁰⁷ que Thaler e Sunstein (doravante, T e S) constroem a chamada “arquitetura da escolha”¹⁰⁸, aliando a consciência destes vieses à construção de circunstâncias que os direcionem num determinado sentido, para facilitar a racionalidade, sem um paternalismo directo:

«*Quando tomam uma decisão, os agentes não fazem escolhas no vácuo. Fazem-nas num ambiente onde muitos estímulos, notados e despercebidos, podem influenciar suas*

¹⁰⁵ Esta não deixa de estar relacionada com a investigação, acima referida, desenvolvida por Kahneman e Tversky, sobre o sistema 1 e 2 e a ocorrência sistemática e frequente de erros e enviesamentos cognitivos. Ver Daniel Kahneman, *Thinking Fast, Thinking Slow, Interpretation, Tavistock, London*, 2011.

¹⁰⁶ Dan Ariely and others, ‘Previsivelmente Irracional - Dan Ariely’, *International Journal of Market Research*, 2011 <<https://doi.org/10.2501/S1470785309200992>>., pág. 24. Tradução livre

¹⁰⁷ Paternalismo Libertário protege as pessoas do seu sistema automático – do seu lado Homer Simpson. ‘Expresso | Richard Thaler: “Somos Mais Parecidos Com Homer Simpson Do Que Com Einstein”’ <<https://expresso.pt/economia/2017-10-09-Richard-Thaler-Somos-mais-parecidos-com-Homer-Simpson-do-que-com-Einstein#gs.4zh1f1>> [accessed 10 April 2019].

¹⁰⁸ Ver Rh Thaler and Cr Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, 2008 <<https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>>., pág. 94. Tradução livre

decisões. A pessoa que cria esse ambiente é, de acordo com a nossa terminologia, um arquiteto da escolha.”¹⁰⁹

Por ser uma modalidade não coerciva de paternalismo¹¹⁰, contruindo apenas o contexto psicológico de uma decisão de forma a impedir a sua irracionalidade, Thaler e Sunstein dizem-no um paternalismo mais respeitoso da escolha individual.¹¹¹

Um arquitecto da escolha, é “alguém que tem a responsabilidade de definir um contexto que permita às pessoas fazer escolhas”¹¹².

Nesta, é aconselhada ao legislador a utilização de “*nudges*” (na tradução literal, “empurrãozinhos” ou “estímulos”) que utilizem e manipulem os vieses dos agentes a que se dirigem no sentido de maximização da utilidade individual e pública.

*“Um nudge é qualquer tentativa de influenciar o julgamento, a escolha ou o comportamento das pessoas de uma maneira previsível, sendo possível devido ao uso de limites cognitivos, preconceitos, rotinas e hábitos na tomada de decisões individuais e sociais, colocando estímulos com o intuito de ajudar a que as pessoas desempenhem racionalmente os seus auto-declarados interesses próprios e que funciona utilizando esses limites, preconceitos, rotinas e hábitos como parte integrante de tal tentativa”*¹¹³

Exemplo paradigmático de um *nudge* são as chamadas escolhas supletivas: as escolhas realizadas supletivamente pelo legislador no lugar do agente económico, aproveitando-se

¹⁰⁹ Ver Richard H Thaler, Cass R Sunstein, and John P Balz, ‘Choice Architecture 0 Richard h. Thaler’, *Social Science Research Network*, 2010 <<https://doi.org/10.2139/ssrn.1583509>>.

¹¹⁰ Ver Ana Cordeiro Santos, ‘A Arquitetura Da Escolha: Uma Análise de Economia Política’, 2017., pág.8

¹¹¹ « *If no coercion is involved, we think that some types of paternalism should be acceptable to even the most ardent libertarian. We call such actions libertarian paternalism.* » Ver Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, ‘Libertarian Paternalism’, in *American Economic Review*, 2003 <<https://doi.org/10.1257/000282803321947001>>.

¹¹² THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Desicions About Health, Wealth and Happiness*, pág. 15

¹¹³ Pelle Guldborg Hansen, ‘The Definition of *Nudge* and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?’, *European Journal of Risk Regulation*, 2016 <<https://doi.org/10.1017/S1867299X00005468>>., pág 156. Tradução livre

da vontade limitada (reticência em encarar os “custos de fricção”¹¹⁴ de uma determinada escolha), para atingir a maximização da utilidade dessas escolhas.¹¹⁵

Assim, os *nudges* e a arquitectura da escolha constituem uma terceira via entre o paternalismo e o liberalismo, “empurrando” o agente numa determinada direcção sem que lhe seja retirada a liberdade de escolha – o paternalismo libertário.

“Os estímulos não são ordens. Colocar fruta à frente de alguém é considerado um estímulo. Proibir a comida de plástico, não”¹¹⁶.

Nudge não proíbe a escolha (por exemplo, proibindo o tabaco numa espécie de Lei Seca). Pelo contrário, tem de ser possível de evitar e fácil de evitar.

*“No fundo, o agente económico, em face de um “nudge” que o estimula a seguir um determinado caminho tido como racional ou eficiente, poderá escolher entre esse mesmo caminho, ou, ao invés, optar por decidir em sentido divergente a esse estímulo, ainda que decidindo atuar de forma irracional.”*¹¹⁷

Este corrige a inexperiência do consumidor e protege-o, com a experiência do Estado, dos vieses que as empresas, habilmente, aproveitam, sendo que “a intenção é a de facilitar a tomada de decisão em prol daquilo que teoricamente seria mais benéfico para a sociedade.”¹¹⁸

O Paternalismo Libertário é assim, um paternalismo *escondido*. Uma persuasão não racional¹¹⁹ e não coerciva.

¹¹⁴ Ver Franco, Raquel. (2017). *Legislar como meio para um fim: how much is too much, how little is too little?*. Revista Jurídica Luso Brasileira, nº6, págs. 321 a 345.

¹¹⁵ Uma regra supletiva deste perfil seira doação automática de órgãos por morte, que aumenta muito os órgãos disponíveis para transplante, ou numa empresa privada, um seguro pré-definido com cláusula *opt out*.

¹¹⁶ THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, pág 19

¹¹⁷ Ver Mariana Júdice, *Economia Comportamental e Prestação de Informação Nos Mercados Bancários de Retalho*, 2018.

¹¹⁸ Mark Schweizer, ‘Nudging and the Principle of Proportionality’, in *Nudging - Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics* (Springer International Publishing, 2016), pp. 93–119 <https://doi.org/10.1007/978-3-319-29562-6_7>.

¹¹⁹ Hausman and Welch. Defendem que a persuasão económica deve ser racional, através de campanhas informativas ou acções de formação, dado que estas revelar-se-iam mais respeitadoras da autonomia individual. Os autores acusam Thaler e Sunstein de misturar nas suas propostas de materialização do

Os *nudges* evitam assim os erros sistemáticos dos agentes económicos, pois o Estado escolhe pelos seus cidadãos e melhor do que eles. Ajuda-os a fazer a opção certa, escolhendo-a, num momento anterior, por eles e empurrando-os suavemente na sua direcção.

Portanto, no que toca ao pecado, os *nudges* são de extrema importância na modernidade legislativa, pois constituem-se como um estímulo contra-pecado, contra tentação.

Se o paternalismo tradicional é uma caçadeira, o *nudge* é uma mera ratoeira,¹²⁰ agindo supletivamente, nos casos em que os agentes tendem a optar por soluções que os prejudicam, podendo facilmente ser manipulados pelos seus próprios vieses (que por sua vez são exacerbados por vieses de mercado como a publicidade¹²¹).

No entender de Thaler e Sunstein, quando os agentes económicos dizem: “devia comer melhor, fumar menos e beber menos, mas não consigo”, estes estarão subconscientemente não somente a consentir, mas de certa forma, a requerer, um *nudge*, pois reconhecem a sua própria irracionalidade.

Pode dizer-se então que o paternalismo libertário combate assim fogo com fogo, utilizando, para controlar os estímulos *impuros* da psique e do mercado, estímulos *puros* usados pelo Estado na defesa da economia e do Bem Comum.

Mas esta defesa não é de contornos triviais: o paternalismo libertário deve ser efectivado, usando “estímulos que tenham maior propabilidade de ajudar e menos probabilidade de causar danos”.¹²²

paternalismo libertário *nudges* informativos de persuasão racional e *nudges* que apelam ao sistema automático de persuasão não racional, de natureza distinta, dado que os primeiros não têm qualquer carácter paternalista e os segundos são puramente paternalistas, segundo a visão dos autores.

¹²⁰ Surge aqui a pergunta sobre a natureza do problema do pecado: Se o paternalismo é uma espingarda, mais adequada para enfrentar grandes danos sociais (Um problema-Leão), e o paternalismo libertário uma ratoeira ineficaz perante grandes problemas, serão o tabaco, o álcool e o *fast food* um leão ou um rato?

Esta questão será analisada no capítulo seguinte “Um *nudge* proporcional”

¹²¹ Conferir sobre esta questão *supra* no capítulo 2.

¹²² THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, 103

No que toca à doutrina do *nudge*, vale a pena referir a vertente sociológica que lhe foi acrescentada por Camerer.¹²³

Este refere-se ao paternalismo libertário como um paternalismo assimétrico, ou seja, relaciona o *nudge* com o grau de assimetria dos agentes em termos da sua maior ou menor “sofisticação” - que se traduz em racionalidade.

Assim, propõe adaptar as medidas de forma a que estas afectem os cidadãos menos sofisticados ou mais irracionais, sem prejudicar, através de um paternalismo extremo, os cidadãos mais conscientes.

Por exemplo, o *nudge* das imagens desagradáveis presentes nos maços de tabaco afecta os fumadores compulsivos (sem domínio sobre o seu pecado), sem proibir o tabaco, impedindo os fumadores mais racionais ou ocasionais de disfrutar de um cigarro de vez em quando.

A esta ideia subjaz a premissa de que os cidadãos “menos sofisticados” têm menos resistência às heurísticas e aos vieses, por serem vulneráveis a um viés de enquadramento: o seu contacto com sociedades mais complexas é demasiado agressivo para o seu, de certa forma, “mundo pequeno”, pois quanto mais pequeno o contexto social do agente, mais sujeito estará a ser enganado pela extensão do mercado, dado que não se encontra familiarizado com ele.

O paternalismo assimétrico protege assim mais aqueles que mais precisam de protecção, através da correcção das suas irracionalidades com o mecanismo do *nudge*, sem prejudicar aqueles que a dispensam.

A esta visão do paternalismo libertário pode apontar-se-lhe que pressupõe de uma forma demasiadamente simplista que cidadãos de menor educação e sofisticação serão mais permeáveis a todo o tipo de vieses, o que é pouco razoável.¹²⁴

¹²³ Ver Colin Camerer and others, ‘Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”’, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, CLI, 1211–54 <<https://doi.org/10.2307/3312889>>.

¹²⁴ Isto poderá ocorrer ocasionalmente, mas apenas em negócios onde esse nível de sofisticação seja relevante em termos de racionalidade.

Por vezes a sofisticação ou a ânsia desta leva a grandes irracionalidades, como referimos atrás acerca do caso das pérolas negras.¹²⁵

Thaler e Sunstein discriminam os três requisitos do *nudge*¹²⁶, ou seja, as condições em que entendem ser legítimo utilizar este mecanismo.

- maior experiência por parte do arquitecto da escolha em relação ao agente económico
- grande identidade de circunstâncias entre agentes
- pouca probabilidade dos agentes conseguirem optar racionalmente

No caso do tabaco, do álcool e do *fast food*, estes três requisitos preenchem-se quase automaticamente, uma vez que o Estado, na sua extensão e organicidade, é sempre mais experiente do que qualquer agente considerado individualmente (tem, colectivamente, mais acesso a informação, o que o torna predominantemente racional e não intuitivo¹²⁷); que os agentes estão em paridade quanto ao dano que estes pecados provocam na sua saúde, e que, como analisamos¹²⁸, o pecado é uma das formas mais fortes, conscientes e difíceis de evitar de irracionalidade.

Estas circunstâncias tornam o *nudge* desincentivador do pecado uma manobra económico-comportamental por excelência.

¹²⁵ Outro exemplo de irracionalidade sofisticada é o caso do nicho de mercado dos produtos da apple (i-phones, macs, i-pads), considerados por todos os especialistas irracionalmente caros face ao tipo de valências de que são dotados, especialmente em comparação com outros produtos de qualidade equivalente.

¹²⁶ THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, 203-214.

No livro estas são referidas apenas a propósito do *nudge*-opção supletiva, mas considero valer a pena estender este esqueleto legitimador a todos os *nudges*.

¹²⁷ Se bem que existam excepções, em que o próprio Estado é enviesado por fenómenos como comportamentos de manada democráticos, mas em regra, pode assumir-se que o Estado é mais racional do que os seus cidadãos individualmente considerados.

¹²⁸ Tema abordado no capítulo 1

Existem seis tipos de *nudge*, discriminados por Thaler e Sunstein: “estímulo económico”, “compreender os mapeamentos”, “opções por defeito”, “transmitir *feedback*”, “os erros são inevitáveis” e “estruturar escolhas complexas”.¹²⁹

De entre estes estímulos, há dois que nos irão interessar numa análise mais pormenorizada: o *nudge* “transmitir *feedback*” e o *nudge* “estruturar escolhas complexas”, por serem esses que serão utilizados por excelência no combate aos pecados do álcool, do tabaco e do *fast food*.

¹²⁹ No original, o autor faz uma espécie de anagrama com a palavra *nudge* nesta enumeração de estímulos (iNcentives, Understand mappings, Defaults, Give *feedback*, Expect error, Structure complex choices). Ver Rh Thaler and Sunstein., pág. 124

4.2. Tipos de *nudge* publicitário contra o pecado

Em primeiro lugar, é necessária a exclusão de uma medida que se poderia inscrever num quadro económico comportamental regulatório, mas que não pretendo abordar neste trabalho: a proibição absoluta da publicidade a certos pecados.

Hoje em dia muito em voga¹³⁰, este tipo de medidas não possuem o carácter libertário que as equivaleria a um *nudge*, antes a um outro tipo de paternalismo, não libertário, mas somente restritivo, impedindo as empresas de utilizarem a publicidade como uma manobra enviesadora.

Assim, interessam-nos aqui medidas de arquitectura da escolha pura, de estímulo ou empurrãozinho, no âmbito das categorias discriminadas por Thaler e Sunstein: “estímulo económico”, “compreender os mapeamentos”, “opções por defeito”, “transmitir *feedback*”, “os erros são inevitáveis” e “estruturar escolhas complexas”.

A minha selecção dos *nudges* “transmitir *feedback*” e “estruturar escolhas complexas” como estímulos por excelência da regulação da publicidade ao pecado não tem somente por base a adequação qualitativa destes às medidas de tipo económico comportamental neste campo, mas também a exclusão conceptual dos restantes estímulos neste contexto.

Assim, o primeiro *nudge* enumerado: “estímulo económico” ou *incentive* pretende reduzir a procura de um pecado pelo aumento do seu preço (ou, como os autores defendem, o desvendar, no preço actual do produto, dos custos futuros de saúde que lhe estão associados). Ora, este aumento é obtido através de uma maior carga fiscal. Corresponde, portanto, aos “impostos do pecado” analisados na tese de Sérgio Vasques já referida.

Mas este imposto do pecado, apesar de constituir um paternalismo económico comportamental no seu estado mais puro, não é publicitário, não se enquadrando no objecto desta tese.

¹³⁰ Por exemplo, toda a publicidade televisiva ao tabaco é proibida na união europeia, embora haja diferenças de Estado Membro para Estado Membro no que toca a outras formas de marketing (cfr. Directiva 2001/37/CE e ‘UE: Publicidade Ao Tabaco Nos Media Proibida a Partir de Hoje | Portugal Ainda Não Comunicou a Adequação Das Leis Nacionais à Legislação Europeia | PÚBLICO’ <<https://www.publico.pt/2005/07/31/sociedade/noticia/ue-publicidade-ao-tabaco-nos-media-proibida-a-partir-de-hoje-1229515>> [accessed 21 October 2019]., Em Portugal esta Matéria vem regulada no artigo 18º do Código da Publicidade.

Relativamente ao *nudge* “compreender os mapeamentos”, e tendo em conta os exemplos referidos pelos autores, conclui-se que não é também o estímulo em uso nas actuais medidas de paternalismo libertário publicitário. Este é mais uma forma de apresentar ao agente económico, aquando da sua escolha muito variada, uma “amostra” de cada uma das alternativas. Thaler e Sunstein usam como exemplo uma loja de gelados em que o agente não sabe que gelado lhe saberá melhor até ter o mapa mental devidamente calibrado, ou seja, até saber bem o que cada um dos caminhos ou escolhas lhe dará. Os autores utilizam assim esta metáfora para defender um sistema de “amostras” em cada decisão na qual o cliente não tem um mapeamento mental adequado à decisão racional, ajudando-o a decidir, de entre todas as opções válidas, aquela que mais lhe convém.

Portanto, neste estímulo não existe, como em relação ao pecado, um pré-juízo valorativo, o que esvazia todo o carácter intencional e de censura do regulador face ao pecado, tornando-se também este estímulo desadequado ao actual quadro de regulação da publicidade ao pecado.

Também os *nudges* “opções por defeito” e “os erros são inevitáveis” não fazem parte das medidas de combate ao pecado nestes termos, pois nenhum deles é publicitário. As “opções por defeito” referem-se a um jogo de inércia, em que o legislador aproveita o consentimento geral dos seus votantes para decidir por eles a opção supletiva mais racional¹³¹, salvaguardando-lhes o direito de se lhe oporem, mas indicando assim discretamente o caminho da racionalidade. O *nudge* “os erros são inevitáveis” está relacionado com a construção de sistemas que prevejam lapsos sistemáticos, como as máquinas de multibanco que devolvem o cartão antes de expelirem o montante requerido, por ter sido demonstrado que quase todos os seus utilizadores se esqueciam do cartão na máquina se a ordem do procedimento fosse diferente.

Restam-nos então o *nudge* “transmitir feedback” e o *nudge* “estruturar escolhas complexas”.

¹³¹ Veja-se o caso da doação automática de órgãos por morte, que faz toda a diferença no número de transplantes, e que está em vigor em países como Portugal, Espanha, Holanda e, mais recentemente, França. Ver Alec Samuels, ‘Organ Donation’, *The Medico-Legal Journal*, 2018 <<https://doi.org/10.1177/0025817218754963>>.

O *nudge* “transmitir feedback” pretende antecipar, informativa e visualmente, as consequências de uma determinada escolha de características mais difusas. Assim, as imagens chocantes que acompanham os maços de tabaco (a meu ver, o *nudge* por excelência do nosso ordenamento jurídico no pecado), são uma forma de precisamente, “transmitir feedback” negativo relativamente à escolha do consumo do tabaco.

De certa forma, este é o objectivo principal da regulação, através de *nudges*, da publicidade ao pecado: dissipar a intertemporalidade deste, trazendo as suas consequências perversas para o presente. É uma espécie de mensagem subliminar de racionalidade.¹³²

Estas imagens foram impostas, no ordenamento jurídico português, através do artigo 11º, em conjugação com o anexo II da lei 37/2007, que aprova normas para a protecção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco e medidas de redução da procura relacionadas com a dependência e a cessação do seu consumo, transpondo a Diretiva 2014/40/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros no que respeita ao fabrico, apresentação e venda de produtos do tabaco e produtos afins.

Poder-se-ia afastar a rotulagem ou apresentação visual dos maços do conceito de “publicidade” relevante para o objecto deste trabalho, afirmando-se a sua natureza diferente da típica actividade publicitária, que se considera “o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários”¹³³, estando de resto, esta mesma rotulagem excluída do âmbito objectivo do código da publicidade.

No entanto, pretendo ainda assim abranger a rotulagem na minha análise da regulação económico comportamental da publicidade ao pecado, dado que se não se integra perfeitamente no âmbito da publicidade em termos jurídicos¹³⁴, é possível incluí-la na

¹³² Ver Luc Bovens, ‘The Ethics of *Nudge*’, in *Preference Change*, ed. by Till Grüne-Yanoff and Sven Ove Hansson (Dordrecht: Springer Netherlands, 2009), pp. 207–19. O autor considera que a única coisa que distingue o *nudge* ou alguns tipos de *nudge* de uma mensagem subliminar é a sua transparência, ou a percepção do seu alvo do estímulo em causa.

¹³³ Artigo 4º do Código da Publicidade

¹³⁴ Pese embora a DECO inclua certas práticas rotulatórias no conceito de “publicidade enganosa”, como consta de ‘5 Regras Contra a Publicidade Enganosa Nos Cosméticos’ <<https://www.deco.proteste.pt/saude/beleza-cuidados-pele/noticias/5-regras-contra-a-publicidade-enganosa-nos-cosmeticos>> [accessed 8 November 2019].

construção económico comportamental deste conceito *supra* realizada¹³⁵ como viés de disponibilidade intencionada.

De facto, a rotulagem de um produto pode contribuir grandemente para a imagem negativa ou positiva deste aos olhos do consumidor, e até transmitir outro tipo de sensações não imediatamente identificáveis com o marketing directo na compra do produto, como a utilização das cores “quentes” vermelha e amarela por parte da restauração, por se entender que instigam psicologicamente o apetite.¹³⁶

Assim, entende-se a rotulagem como parte integrante deste trabalho, devido, para além do referido, ao facto de também ser um campo de excelência dos mais recentes progressos economia comportamental, quer da perspectiva privada que mais e melhor aproveita as vantagens psicológicas da apresentação visual do seus produtos no mercado, quer no reino das políticas públicas e dos “nudges” que estas pretendem integrar

Ainda dentro do conceito de “nudge feedback”, pretendemos analisar o slogan “seja responsável, beba com moderação”, que consta do Código de Auto-Regulação da Comunicação Comercial em Matéria de Bebidas Alcoólicas, promovido pelo ICAP ou Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade ao qual estão vinculadas cerca de 30 associações do setor.

Este visa claramente associar ao consumo excessivo do álcool uma imagem negativa, ainda que não expressada claramente. Os consumidores são assim lembrados do carácter viciante da bebida publicitada e de todos os riscos que o seu sobre-consumo acarreta, incompatíveis com os que devem ser assumidos por um cidadão “responsável”.

Já o *nudge* “estruturar escolhas complexas”, prende-se com a percepção psicológica de que, perante um assunto que não dominem, os agentes tendem a ser passivamente moldáveis à opção mais fácil ou de (aparentemente) menor custo, pois “as investigações levadas a cabo no âmbito das ciências sociais revelam que, quando o número de escolhas

¹³⁵ Cfr. Capítulo 1.2.

¹³⁶ ‘How Fast Food Chains Use Color to Make You Hungry and Impulsive - Insider’ <<https://www.insider.com/fast-food-colors-make-you-hungry-2018-9>> [accessed 8 November 2019].

aumenta ou apresenta um maior número de ângulos, as pessoas tendem a adotar estratégias simplificadas.”¹³⁷

Este tipo de problema acontece particularmente na opção por produtos alimentares, cujas informações nutricionais são demasiadamente complexas para serem integradas na decisão, sendo nos rótulos¹³⁸ de produtos pré-embalados que esta estruturação será feita, através de novas medidas paternalistas-libertárias.

Esta matéria está sujeita ao Regulamento 1169/2011 da União Europeia, e visa corrigir as naturais assimetrias informativas entre o relativamente desinformado consumidor e a oferta, que está a par de todo o processo de produção e conservação dos produtos, por vezes através de meios que permitem uma maximização do lucro através de economias de escala, mas que representam um perigo grave para a saúde pública por serem difíceis de identificar e constantes na constituição de bens que os compradores consomem regularmente.

A principal característica de qualquer um destes *nudges* é o aproveitamento do viés de disponibilidade, antes somente a cargo do *marketing* das empresas. Este aproveitamento, embora leve e subtil, é inequivocamente um paternalismo “educador” dos consumidores e da sua liberdade de escolha, estando sujeito a algumas críticas.

¹³⁷ Daniel Kahneman, *Thinking Fast, Thinking Slow, Interpretation, Tavistock, London*, 2011., pág. 134

¹³⁸ Rótulos são parte essencial da estratégia publicitária de uma empresa, veja-se o rótulo-marca “coca cola”. ‘5.8 – Embalagem e Rotulagem – Apostila de Marketing’ <<http://apostilademarketing.com/5-8-embalagem-e-rotulagem/>> [accessed 10 October 2019].

4.3. Críticas e defesa do paternalismo libertário

Uma das principais críticas ao paternalismo libertário prende-se com a ideia ou argumento da *liberdade de escolha*.¹³⁹

Os seus apoiantes vêem a arquitectura da escolha como uma forma de “manipulação” dos cidadãos através de “*nudges*” e advogam que, ao interferir da forma tão paternalista¹⁴⁰, o legislador não permite aos cidadãos tomar as suas próprias decisões, assumir a responsabilidade por estas (por muito “enviesadas” que sejam) e, em última análise, aprender com os seus próprios erros.

Assim, a arquitectura da escolha limitaria um espaço essencial da autonomia individual – a liberdade de escolha,¹⁴¹ lidando-se com adultos como se fossem crianças.

Thaler e Sunstein respondem a esta crítica dizendo, por um lado, que a “liberdade de escolha” não é mais do que uma “má arquitectura da escolha”, uma vez que “empurra” os cidadãos no sentido de escolhas constantes e obrigatórias, que lhe dificultam a vida e que muitas vezes ele nem sequer pretende fazer, não deixando por isso de ter ela própria um fundo paternalista.

Sunstein chega a dar o exemplo das empresas publicitárias (ou dos amigos), que constantemente pressionam o consumidor no sentido de conhecer as suas opiniões e escolhas, como casos de “excesso de liberdade de escolha”.

Outra resposta à crítica da liberdade de escolha é a de que a arquitectura da escolha é inevitável, mesmo nas escolhas aparentemente livres.¹⁴²

Os teóricos do paternalismo libertário usam para este efeito a “metáfora do edifício”, pretendendo transmitir que tal como qualquer edifício tem inevitavelmente uma

¹³⁹ Hausman e Welch referem-se-lhe mais como “autonomia”. Hausman and Welch., pág. 130.

¹⁴⁰ Alguns autores consideram o paternalismo libertário mais uma forma de paternalismo, e não um compromisso entre o liberalismo e o paternalismo, como Thaler e Sunstein pretendem. Ver Hausman and Welch., pág. 134

¹⁴¹ Ver Ana Cordeiro Santos and Vânia Costa, ‘Regular o Consumidor? Novas Tendências de Política No Setor Financeiro’, *Analise Social*, 2013., pág. 26

¹⁴² « *If you indirectly influence the choices other people make, you are a choice architect. And since the choices you are influencing are going to be made by Humans, you will want your architecture to reflect a good understanding of how humans behave. In particular, you will want to ensure that the Automatic System doesn't get all confused. In this chapter, we offer some basic principles of good (and bad) choice architecture.* ». Ver Rh Thaler and Sunstein., pág. 128

arquitectura que influencia a forma como as pessoas caminham dentro do edifício, assim o contexto económico de uma escolha é sempre arquitectado.¹⁴³

Há sempre uma escolha na forma como se dispõem os alimentos numa cantina pública – não é possível *não escolher* uns que fiquem à frente de outros.¹⁴⁴

Existe ainda, a favor do paternalismo libertário, o critério “*as judged by themselves*”, que defende o nudge como uma realidade integrada na escolha do agente económico de acordo com os seus próprios critérios individuais de maximização de bem estar.

Dentro deste critério, distinguem-se três situações: aquelas em que existem preferências anteriores claras ao momento da escolha por parte do agente e em que o nudge vem possibilitar a realização dessas preferências (no contexto deste trabalho, será o nudge “estruturar escolhas complexas” que é utilizado na regulação da informação constante dos rótulos de produtos alimentares), aquelas em que existe um problema de autocontrolo do agente (tema a abordar-se no âmbito do “nudge feedback”, mais à frente nesta tese), e aquelas em que as preferências *a priori* do agente são múltiplas.

De resto, Thaler e Sunstein dizem também que o paternalismo libertário não é verdadeiramente limitador, visto que deixa sempre a hipótese de liberdade de escolha, para agir como salvaguarda do agente contra uma má arquitectura da escolha realizada pelo Estado.

Outra importante crítica à arquitectura da escolha é a feita por Gigerenzer, defende que os vieses são muitas vezes resultado de uma defesa auto-imposta pelo funcionamento cerebral, para que, num cômputo geral ou Macro, não percamos demasiado tempo com decisões pouco importantes ou cuja complexidade nos ultrapassa (deixadas ao sistema rápido).

¹⁴³ THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, pág. 16

¹⁴⁴ THALER, Rh; SUNSTEIN, Cr (2018) *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, pág. 14

Este funcionamento do cérebro é “racional”, já que serve para que possamos usar o sistema lento apenas quando queremos concentrar-nos nas decisões mais importantes e que controlamos melhor, poupando-o.

Nesta lógica de “*racionalidade ecológica*”, os vieses não são empecilho à eficiência, antes uma forma de auxílio, e, por isso, não devem ser corrigidos.

Contra Gigerenzer pode dizer-se que Thaler e Sunstein não pretendem corrigir o funcionamento cerebral, louvando até as ocasiões em que os dois sistemas de funcionamento contribuem para a tomada de boas decisões.

Os autores propõem apenas corrigir as situações em que existe uma desadequação do nosso modo de pensar às circunstâncias que o mundo e o mercado (voluntaria ou involuntariamente) nos apresentam, e que podem levar a enganos.

Assim, a arquitectura da escolha não se baseia no desrespeito ou no combate aos automatismos, mas à sua manipulação, para que deles resulte uma direcção de racionalidade nas escolhas do agente, por oposição a enviesamentos.

Outro argumento de relevo contrário ao paternalismo libertário é o da *arquitectura natural da escolha por parte da concorrência*: aquele que é, para os defensores desta ideia, o mais justo e transparente de todos os *nudges*.¹⁴⁵

A questão subjacente é a de se a livre-concorrência pode ser um “controlador natural” da Irrracionalidade, questionando-se se o preço não faz uma distinção automática entre os bons e os maus produtos, “empurrando”, como um *nudge* mas de forma mais transparente, na direcção da opção mais eficiente.

Mas mesmo quando existe algum aproveitamento dos vieses dos seus clientes por parte das empresas¹⁴⁶, seria plausível que a própria concorrência de outras empresas honestas

¹⁴⁵ A este propósito, Bovens., *The ethics of nudge*, 2009, pág. 32

¹⁴⁶ Outro dos exemplos referidos por Thaler e Sunstein sobre a *arquitectura perversa* da escolha feita pelo mercado, é o das empresas de seguro, que se aproveitam do viés de sentimento de insegurança dos seus clientes para pedirem mais dinheiro pelo seguro do que aquilo que este aritmeticamente valeria (risco de acidente X preço do bem X anos prováveis de duração).

Por exemplo, num telemóvel que custa 100 euros e que tem uma probabilidade de se partir de 1 por cento ou 0,1 (esta medição é possível se se tiver em conta quantos telemóveis é que se partem numa determinada

levasse a melhor sobre elas, conquistando clientes e mercado, sendo assim “o melhor amigo do consumidor”.¹⁴⁷

Dito de outra forma, se houvesse concorrência, o preço “enviesado” por empresas que manipulam a oferta como a *supra* referida das pérolas negras, teria, inevitavelmente, de tender para os valores justos, uma vez que as empresas honestas protegeriam os agentes da sua irracionalidade.

No entanto, isto só seria possível em mercados relevantes que não fossem de difícil acesso, deixando todos os outros à mercê da “má arquitectura da escolha”, referida por Thaler e Sunstein.

As empresas, por terem mais experiência no mercado do que os de certa forma ingénuos compradores e por conhecerem os truques e heurísticas (que estudam aliás afincadamente) mais adequados para os levarem ao consumo dos seus produtos, criam uma arquitectura da escolha pré existente em todas as opções que tomam no dia a dia.

Portanto, mais uma vez, a escolha não é entre a arquitectura da escolha e a falta desta, mas entre a boa arquitectura da escolha (de todos, solidária, Estadual), e a má arquitectura da escolha (privada, individualista, Empresarial).

No mercado do pecado, esta tendência ainda mais se acentua, até porque a concorrência é muito *sui generis*.

No caso do tabaco não há um produto substituto que tenha exactamente as mesmas características prazenteiras do tabaco (uma espécie de ritual relaxante, de incenso *de poche*) e não tenha os mesmos problemas a longo prazo.

No caso do álcool, é difícil expandir o seu mercado relevante ao “mercado das bebidas em geral”, uma vez que nem os refrigerantes, nem os sumos, nem muito menos a água têm os mesmos efeitos e apelos sociais do álcool, apesar de ser útil aos seus comerciantes a integração conceptual nesse mercado, para efeitos concorrenciais.¹⁴⁸

cidade num ano por cada 100 pessoas), o preço justo da garantia anda por volta dos 1 euros por ano, e não dos 20 euros como é normal no mercado dos seguros.

¹⁴⁷ Ver Eric Von Hippel, Susumu Ogawa, and Jeroen P.J. De Jong, ‘The Age of the Consumer-Innovator’, *MIT Sloan Management Review*, 2011, 27–35.

¹⁴⁸ Quando optam por uma bebida alcoólica, o objectivo fundamental dos agentes não é matar a sede (o que fariam com água), nem procurar unicamente obter um sabor agradável (sumos), mas aceder a todos os aparentes privilégios sociais (descontração, “estilo”, criação de laços) providenciados pelo álcool. Cfr.

No caso da *fast food*, existe, possivelmente, uma substituibilidade mais evidente, mas nem sempre a concorrência é suficientemente límpida e transparente, sendo, muitas vezes, encobertos no preço barato dos produtos nutricionalmente pobres, elevados custos de saúde individual e pública, como analisamos *supra*.

No fundo, achar que a concorrência é uma regulação “natural” do mercado do pecado do ponto de vista económico-comportamental peca por excesso de optimismo, e se é verdade que a regulação desse através de *nudges*, nomeadamente em matéria de publicidade, afecta a livre concorrência porque se irão sempre privilegiar umas empresas em detrimento de outras, também é verdade que este, como tantos outros mercados, não é fiável no seu estado natural.

Por último, é de referir a crítica ao *carácter pouco transparente dos nudges*¹⁴⁹.

O facto de os *nudges* serem uma figura mista entre o paternalismo e o liberalismo, ou um *paternalismo disfarçado*, como referimos anteriormente, torna-os menos visíveis aos olhos dos seus alvos.

Não é imediatamente que um consumidor entende que o que está por detrás das imagens desagradáveis dos maços de tabaco ou do slogan célebre slogan “seja responsável, beba com moderação” é um paternalismo psicológico-económico que pretende, indirectamente, corrigir a sua irracionalidade.

Nesse sentido, defendem alguns críticos do *nudge* que estes podem tornar-se perigosamente “interesseiros”, dotando o Estado de um certo poder de manipulação¹⁵⁰ indirecta e difícil de controlar, sobretudo aqueles que têm por base intuítos paternalistas, como o “nudge feedback”, havendo menos resistência teórica à legitimidade dos que se revelam maioritariamente informativos, como o “nudge estruturar escolhas complexas”.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)

¹⁴⁹ Hausman and Welch., pág. 128: “*We shall call the use of flaws in human decision-making to get individuals to choose one alternative rather than another “shaping” their choices. We intend “shaping” to exclude rational persuasion. “Manipulation” would be a more natural label, but since we are concerned with whether shaping people’s choices is justified, we have avoided using a word with such pejorative connotations.*”

¹⁵⁰ Ver Riccardo Rebonato, ‘A Critical Assessment of Libertarian Paternalism’, *Journal of Consumer Policy*, 37.3 (2014), 357–96 <<https://doi.org/10.1007/s10603-014-9265-1>>.

De certa forma, o objectivo¹⁵¹ que subjaz à ideia de “empurrar” discretamente o consumidor no sentido de uma decisão sem o forçar a ela¹⁵², necessita de algum secretismo, sob pena de total ineficácia.¹⁵³

Deste perfil de crítica, Thaler e Sunstein protegem-se usando o *princípio da publicidade* de John Rawls como contrabalanço à falta de transparência dos *nudges*: Governo só deve fazer aquilo que está disposto a defender publicamente.

Por outras palavras, governo deve apenas optar por um *nudge* que possa justificar, se confrontado, perante os seus eleitores.

Para além deste limite, existe aquele que está subjacente a toda a justificação do *nudge*: a inevitabilidade da arquitectura da escolha.

Assim, o *nudge* só seria permitido quando inevitável: nas circunstâncias em que ou haveria manipulação da escolha pelo mercado, ou por parte do Governo.¹⁵⁴

A defesa do paternalismo libertário roda assim, essencialmente nos seus fundamentos morais e doutrinários, sobre esta ideia de arquitectura inevitável da escolha, que relativiza de certa forma o papel psicológico do paternalismo libertário nas opções do agente económico.

Como a publicidade é, em si, um mundo de “*nudges* privados”, o *nudge* neste contexto acaba por ser, na realidade, um mero *contra-nudge*.

Nestes casos, deve apenas ter-se em conta a transparência ou visibilidade dos “*nudges*” por uma questão de legitimidade democrática (os cidadãos têm de saber onde e como é que a sua liberdade está a ser restringida em nome do bem comum, para se manifestarem em sentido contrário nas urnas) e a proporcionalidade (menor lesão possível dos direitos

¹⁵¹ Colocar um determinado tipo de alimentos que entende serem saudáveis à frente nos refeitórios escolares, de modo a levar os alunos a optarem por eles, poderá ser até benéfico, mas não constitui um modelo de transparência.

¹⁵² Pelo menos em comparação, o paternalismo libertário é muito menos transparente do que o paternalismo “normal”, ou dito puro e duro.

¹⁵³ Hausman and Welch., pág. 132.

¹⁵⁴ Até Hausman e Welch vêm com simpatia este argumento, como se depreende da sua afirmação em Hausman and Welch., pág. 132: “*Although shaping still raises a flag because of the possibility of one agent controlling another, it arguably renders the action no less the agent’s own, when the agent would have been subject to similar foibles in the absence of nudges. When choice shaping is not avoidable, then it must be permissible.*”

de cidadãos e empresas eventualmente afectados e maximização do bem comum), que abordaremos no próximo capítulo.

5. UM NUDGE PROPORCIONAL

Não é fácil conceber a validade democrática destes “empurrõezinhos paternalistas” que visam, apesar de tudo, educar os cidadãos num sentido de racionalidade económica, aproveitando-se, paradoxalmente, da sua irracionalidade.

Neste contexto, surge a questão central de todo este trabalho: será o paternalismo libertário uma opção proporcional na regulação da publicidade ao pecado?

O Princípio da Proporcionalidade referindo tantas vezes na jurisprudência e na doutrina, mede o rigor das intervenções Estaduais, face aos benefícios que procuram.

Vitalino Canas apresenta, relativamente a este princípio, a seguinte definição:

*“O princípio da proporcionalidade é um princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjectivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos e concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins”.*¹⁵⁵

Este subdivide-se, portanto, em três vertentes: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*.¹⁵⁶

Reis Novais e Lerche propõem, em vez do termo “Princípio da Proporcionalidade”, “Princípio da Proibição do Excesso”, o que me parece pertinente na análise destas restrições ao Pecado, uma vez que pretendo distinguir bem o Princípio da Proporcionalidade de um dos seus homónimos subprincípios, a “proporcionalidade *stricto sensu*”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Vitalino Canas (2016) *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, 591 s.

¹⁵⁶ Walter Jellinek (1913) *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen.

¹⁵⁷ Ver Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes Da República Portuguesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004). e Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung Des Gesetzgebers an Die Grundsätze Der Verhältnismäßigkeit Und Der Erforderlichkeit* (Köln u. a.: Heymann Verlag, 1961).

Neste capítulo, analisaremos separadamente como é que cada um dos filtros se aplica à acção por *nudges* do governo na disponibilidade intencionada (publicidade) para aproveitamento de vieses.

5.1. Legitimidade e Idoneidade

O teste da adequação ou idoneidade consiste num controlo meramente empírico da “relação de adequação medida-fim”¹⁵⁸. Assim, a pergunta para a qual se pretende resposta com este teste é a seguinte: a medida proposta é capaz de atingir o fim com ela visado?¹⁵⁹

Há uma frase no livro “*Nudge – Um pequeno empurrão*” de Thaler e Sunstein, em que os autores expressam a seguinte dúvida, a propósito da utilização da solução “leve” do paternalismo libertário para problemas “pesados” como a protecção ambiental:

*“Todos temos consciência de que, tratando-se de problemas ambientais, os pequenos estímulos podem parecer inadequados – são como tentar caçar um leão com uma ratoeira.”*¹⁶⁰

Este trabalho não versa sobre *nudges* de protecção ambiental, e os autores não dedicam nenhum dos capítulos de propostas para áreas específicas de intervenção do paternalismo libertário ao álcool, tabaco ou *fast food*.¹⁶¹

Mas a metáfora transporta-se para a forma como a arquitectura da escolha tem sido materializada no que toca ao pecado: se o *nudge* é uma ratoeira e paternalismo tradicional uma caçadeira, será que o tabaco, o álcool e o *fast food* são um rato ou um leão?

De facto, parece existir uma certa desadequação inerente aos *nudges* face aos problemas que tentam resolver, por serem sempre, e por natureza, sempre um pouco débeis enquanto forma de paternalismo¹⁶², pois tentam, através de pequenos estímulos publicitários, alcançar o gigantesco horizonte da Saúde Pública.

¹⁵⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *A Responsabilidade Do Estado Por Actos Lícitos* (Editora Forum, 2019).

¹⁵⁹ Ver Laura Nunes Vicente, *O Princípio Da Proporcionalidade: Uma Nova Abordagem Em Tempos de Pluralismo*, 2014.

¹⁶⁰ Richard Thaler, Sunstein (2008) *Nudge – Um pequeno empurrão*, pág 253

¹⁶¹ Estes capítulos são antes dedicados ao sistema de pensões (capítulo 6: “Poupar mais no futuro”), ao mercado de capitais (“7. Investir de forma ingénua”), ao crédito (“8. Mercados de crédito”), à Segurança Social (“9. Privatizar a segurança social”), aos seguros de Saúde (“10. Medicamentos por receita médica”), à doação de órgãos por morte (“11. Como aumentar a doação de órgãos”), ao ambiente (“12. Salvar o Planeta”), e ao casamento (“13. Privatizar o casamento”)

¹⁶² Ver Marc Schweizer, ‘Nudging and the Principle of Proportionality’, pág 25: “*the fact that the government chooses nudging rather than a coercive measure may indicate that it does not consider the interest to be furthered by the measure to be very important.*”

É aqui, aliás, que reside a legitimidade da regulação económico-comportamental da publicidade ao pecado: na defesa da Saúde Pública, materializada no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa.

Esta Saúde Pública pode ser concretizada em objectivos menos abstractos, como seja simplesmente a diminuição do número de utentes do SNS, ou ainda mais concretamente, de consumidores de álcool, *fast food* e tabaco.¹⁶³

Assim, numa escala consequencial de fins imediatos e mediatos, pode dizer-se que a regulação da publicidade ao pecado pretende reduzir o seu consumo, para obter ganhos de Saúde Pública, para que se reduzam os gastos públicos na área da saúde.

A idoneidade do estímulo dado pelo *nudge* pode ser questionada por outra vertente: a adequação do tipo de estímulo face ao viés que quer corrigir: um estímulo do tipo “transmitir *feedback*” pode não ser adequado a corrigir um viés de assimetria informativa, da mesma forma que um estímulo de perfil mais informador pode não corrigir eficazmente um problema de desconto hiperbólico.

É, portanto, importante saber se está em causa um caso de assimetria informativa entre a empresa vendedora do pecado e o seu consumidor, da qual a primeira se aproveita, ou se o que existe é um problema de vontade limitada, também aproveitado pelo mercado.

Os governos têm optado por dois tipos de estímulo para fazer frente ao pecado: “estruturar escolhas complexas” no primeiro caso, e “transmitir *feedback*” no segundo.

Analisá-los-emos em separado na sua idoneidade, apurando a sua eficácia conforme o viés que pretendem atingir.

¹⁶³ Cfr. *supra*, capítulo 3.3.

5.1.2. Estruturar escolhas complexas

Este tipo de estímulo surge, por exemplo, no contexto da alimentação menos saudável, na obrigação imposta pela UE, no seu regulamento nº 1169/2011 do parlamento europeu e do conselho, de que as empresas prestem informações detalhadas na rotulagem dos produtos.¹⁶⁴

Um *nudge* “estruturar escolhas complexas” ainda mais evidente seria a “rotulagem-semáforo”¹⁶⁵, um código de cores nutricional, que pode ser uma evolução próxima da regulação paternalista-libertária do pecado em termos alimentares.¹⁶⁶

Uma escolha complexa no contexto do mercado e da economia comportamental é uma decisão em que existe, à partida, uma grande assimetria entre a informação a que o consumidor pode ter acesso num espaço viável de tempo, e aquela que é detida, do lado da oferta, pela experiência do vendedor.¹⁶⁷

Esta assimetria tem impactos sobretudo em termos de visibilidade: Nem todos os custos e benefícios são visíveis quando a escolha é feita, pelo menos por aqueles que não sejam especialistas na matéria.

Surge então a hipótese de o Estado corrigir essa assimetria informativa através de um estímulo “estruturar escolhas complexas”, em que “empurra” o comprador para a decisão mais sensata, ou dito de outra forma, para a decisão que ele tomaria se fosse um especialista nas vantagens e inconvenientes do produto que aborda.

Este estímulo facilitaria assim o processo de decisão, através de informação rápida e eminentemente visual que permitiria, de certa forma, ao pensamento automático fazer uma selecção mais intuitiva das opções que, de outra forma, seriam demasiado

¹⁶⁴ Também conhecido por Evolved Nutricional Label ou ENL.

¹⁶⁵ Consultar, a propósito, o artigo *Rótulos Nutricionais: Semáforo Nutricional dos Rótulos Alimentares*, disponível em <https://www.codimarc.pt/blog/rotulos-nutricionais-semáforo-nutricional-nos-rótulos-alimentares>

¹⁶⁶ Esta mesma rotulagem-semáforo já foi mesmo proposta à assembleia em fevereiro de 2019 (*Semáforo nutricional vai facilitar leitura de rótulos* disponível em <https://www.esquerda.net/artigo/semaforo-nutricional-vai-facilitar-leitura-de-rotulos/53170>)

¹⁶⁷ Burcu Savun, ‘Information, Bias, and Mediation Success’, *International Studies Quarterly*, 2008 <<https://doi.org/10.1111/j.1468-2478.2007.00490.x>>.

complicadas para ponderar todos os dias, várias vezes ao dia, sempre que se entra num restaurante ou num supermercado.

O principal empecilho legislativo à imposição obrigatória deste código de cores é a dificuldade de determinar de forma suficientemente consensual e científica os limites que separam uma categoria de outra¹⁶⁸, mas, de resto, o estímulo pode considerar-se adequado ao viés em questão, e idóneo ao seu combate.

5.1.3. Transmitir feedback

Neste tipo de *nudge*, o governo procura, através da manipulação directa da publicidade ao pecado e às vezes até de propaganda própria¹⁶⁹, diminuir a distância entre a escolha pecaminosa e as suas consequências nefastas, associando, visualmente, um *feedback* negativo antecipado (caso das imagens desagradáveis nos maços de tabaco) ou uma recomendação (caso da frase “seja responsável, beba com moderação”, presente nos anúncios televisivos e cartazes de bebidas alcoólicas) ao consumo de produtos, que apesar de presentes no mercado, apresentam um elevado grau de nocividade para a saúde.

De certa forma, é o Estado tentar mitigar os problemas de auto-domínio dos consumidores, que não têm força de vontade suficiente para resistir às tentações do mercado, o que pode fazer surgir a dúvida de que aquele estímulo seja adequado a este viés, de que seja *idóneo* na sua correcção.

Esta possível falta de adequação bifurca-se em dois tipos: a natureza do *nudge* e a força do *nudge*.

A natureza do *nudge* é de carácter psicológico e temporal, ou seja, procura trazer para o momento da escolha presente a informação dos resultados futuros o que pode parecer adequado face ao carácter intertemporal do pecado.

¹⁶⁸ Ver ‘Sistema de Rótulos Com Cores Foi Suspenso’ <<https://www.dinheirovivo.pt/empresas/rotulo-com-semaforos-com-luz-vermelha-aplicacao-de-novo-sistema-para/>> [accessed 11 October 2019].

¹⁶⁹ Num anúncio televisivo de 2017, promovido pelo Serviço Nacional de Saúde, os telespectadores eram alertados para os perigos do açúcar invisível e aconselhados a ler atentamente os rótulos.

No entanto, a intertemporalidade é uma das características do pecado, não um dos seus fundamentos, pois, na realidade, são outros os vieses que levam o agente à irracionalidade, intertemporal ou não.

No caso do tabaco, do álcool e do *fast food*, seu consumo excessivo deve-se ao viés da vontade limitada, potenciado pelo seu carácter viciante.

Ainda antes do vício estar consolidado, e de os problemas de vontade limitada surgirem em toda a sua pujança, poderão sim estar em causa outros vieses, como o comportamento de manada, ou a excessiva disponibilidade dos produtos pecaminosos no mercado.¹⁷⁰

Mas não será, na minha opinião, nunca um problema de falta de *feedback*.

Ainda que se assumisse uma preponderância do viés “desconto hiperbólico” no pecado, este não se resolve através deste *nudge*, uma vez que não é por visualizarem possíveis consequências nefastas do seu vício que os consumidores irão imediatamente curar a sua visão curto-prazista do benefício.¹⁷¹

Um fumador está a par das nefastas consequências futuras da sua escolha ao comprar um maço de tabaco, tal como um alcoólico quando opta por mais uma bebida, tal como um obeso quando consome um produto altamente calórico.

Assim, o *nudge-feedback* não será um estímulo respeitador, democrático e útil, sendo antes uma espécie de persistente aviso repetitivo com o objectivo de vencer a seu alvo pelo desgaste, que se pode traduzir no divertido termo anglo-saxónico *nagging*.¹⁷²

Por outra parte, este tipo de *nudge* tem um problema de força.

¹⁷⁰ Sobre os vieses que estão na origem do pecado, ver capítulo 1.

¹⁷¹ Eventualmente, tal poderia vir a ocorrer se se expusessem imagens que transmitissem custos mais imediatos, como a degradação da imagem física, dos dentes, do hálito, etc. De resto, seria também um *nudge* mais próximo do viés do comportamento de manada, que entendemos estar na base do problema.

¹⁷² Literalmente, poderá traduzir-se como “arreliar”, “apoquentar” ou “aborrecer”.

Em primeiro lugar, não se tem revelado eficaz na batalha contra o viés da vontade limitada, como revelam, por exemplo, os últimos resultados sobre o consumo de tabaco¹⁷³.

Para ser eficaz, o *nudge* teria de ser mais relevante psicologicamente do que o viés da vontade limitada, e num primeiro momento, do que o viés comportamento de manada.

Ora, se por vezes nem a própria lei, nem o paternalismo “puro e duro” têm força contra este tipo de vieses, é razoável supor que ainda menos a terá a *leveza* do paternalismo libertário.¹⁷⁴

Por outro lado, ao pôr-se ao nível dos privados, usando a economia comportamental publicitária para a transmissão dos seus objetivos, o Estado pode tornar-se, aos olhos dos contribuintes, em mais uma empresa, enfraquecendo a sua posição natural de força supra-mercantil.¹⁷⁵

Todos estes factores são ponderáveis, mas não suficientes, para uma decisão de inadequação absoluta do *nudge feedback* na regulação da publicidade ao pecado.

De facto, para existir idoneidade, não é necessária uma correspondência absoluta entre a medida em causa e o fim, bastando uma aproximação parcelar ao objectivo pretendido.¹⁷⁶

Assim, pese embora o mercado não mostre nenhuma alteração relevante desde a entrada em vigor destes estímulos, não existe maneira de provar que a medida *não teve qualquer tipo de resultados*.

¹⁷³ Apesar das imagens, o consumo de tabaco tem vindo a aumentar. Ver, a propósito o artigo *Há mais tabaco no mercado apesar das imagens chocantes*, 2018, Público, disponível em <URL:<https://www.publico.pt/2018/05/18/sociedade/noticia/portugueses-compram-mais-cigarros-apesar-das-imagens-choque-1830520>>.

¹⁷⁴ Contudo, e apesar da Saúde Pública ser talvez mais um “leão” do que um rato, a adequação do *nudge* à regulação do pecado tem como principal fundamento o espaço que deixa à liberdade individual, ou seja, é precisamente por ser um paternalismo “leve” que ganha vantagens face a outro tipo de paternalismos mais tradicionais.

¹⁷⁵ Hausman and Welch. Pág.135: “*The main protections against abuse seem to us to be our limited proficiency at exploiting flaws in human decision making and the extent to which efforts at shaping choices on the part of different agents undercut one another.*”

¹⁷⁶ REIS NOVAIS, Jorge (2008) *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pág. 168

Bastaria, pelo menos conceptualmente, que um único agente económico neste contexto tivesse abandonado a sua opção irracional por efeito do *nudge feedback*, para que existisse a dita aproximação parcelar ao fim pretendido.

A isto acresce que para a verificação da idoneidade de uma medida, se devem ter em conta os conhecimentos científicos do governo à época da imposição dessa medida, ou seja, o apuramento da adequação deve ser feito “tendo em conta os conhecimentos da época e a capacidade de prognose do legislador”¹⁷⁷.

Assim, apesar de idoneamente imperfeitos, os *nudges feedback* sobrevivem ao primeiro filtro do Princípio da Proibição do Excesso pela sua novidade e (relativo) rigor científico, e pelo seu atingimento parcelar, ainda que teórico, dos fins almejados.

¹⁷⁷ Esta tolerância legislativa é, aliás, essencial no equilíbrio da separação de poderes, conforme verifica Reis Novais. Ver REIS NOVAIS, Jorge (2008) *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pág. 173.

5.2. Necessidade

Necessidade ou indispensabilidade requer a utilização do meio menos restritivo possível para atingir um determinado fim, decorrendo do direito do cidadão à “menor desvantagem possível”¹⁷⁸

Quer isto dizer, que entre dois meios igualmente idóneos¹⁷⁹, deve escolher-se o menos nocivo para os cidadãos, desde que se preencham os seguintes requisitos:

1. Idoneidade das duas medidas.
2. Fim rigorosamente determinável.
3. Igualdade do grau de aptidão das duas medidas.

Se não é difícil encontrar outro tipo de *nudges* públicos publicitários idóneos no que toca à economia comportamental, pelo menos segundo o largo critério apurado no ponto anterior, é quase impossível medir o seu impacto no mercado do pecado, e muito menos determinar se o seu grau de idoneidade é equivalente ao da medida com a qual se quer comparar.

A isto acresce que, como vimos a propósito da idoneidade, o fim ou objectivo dos *nudges* anti-pecado não é rigorosamente determinável, sendo um misto de figuras mediatas e imediatas que começam na impossível missão de provar a “conversão” de pecadores económicos e acabam na gigantesca e vaga noção Saúde Pública.

Assim, não existe possibilidade fazer um juízo rigoroso de (des)necessidade das medidas em causa, uma vez que a comparação entre *nudges*, todos eles semelhantes na sua novidade legislativa e nos seus diluídos e imprevisíveis efeitos, não são mesuráveis rigorosamente na sua idoneidade.

¹⁷⁸ GOMES CANOTILHO, J. J. (2014) *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, pág. 270.

¹⁷⁹ Para a maioria da doutrina, a comparação de necessidade faz-se apenas entre a medida em causa e outra de maior ou igual grau de idoneidade, para garantir a objectividade da comparação. Neste aspecto, Reis Novais opta por uma visão mais integrada da necessidade, através da comparação de “constelações” de diversos parâmetros de idoneidade e necessidade. REIS NOVAIS, Jorge (2008) *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pág. 148

No entanto, para efeitos especulativos, assumamos que o grau de idoneidade e o fim em causa são rigorosamente determináveis aquando da aplicação de diversos tipos de *nudge*.

Haverá, entre os *nudges* em vigor nesta matéria, algum cuja agressão de direitos individuais seja manifestamente superior a outro, real ou potencial?

Relativamente ao *nudge* “estruturar escolhas complexas”, que no contexto da publicidade ao pecado é e poderá ser aplicado através do acima referido ENL (Evolved Nutricional Label), a restrição de direitos é praticamente nula, e é difícil ou quase impossível conceber uma medida paternalista menos agressiva do que aquela que apenas pretende informar ou simplificar uma informação complexa.

Já em relação ao *nudge* “transmitir feedback”, existe um importante factor de invasão lesiva da esfera privada, que vale a pena ter em conta: o factor *shaming*.¹⁸⁰

É verdade que não serão todos os consumidores a quem esta vergonha social possa afectar de maneira a que dela venham a sofrer inquietação psicológica, sendo que a maioria deles não terá, provavelmente, deste pequeno prejuízo sequer consciência.

No entanto, as mensagens subliminares que visam a diminuição do consumo de um determinado produto pecaminoso, e que são descaradamente apresentadas nos seus anúncios, pelo paradoxo que expõem, podem transmitir uma imagem de fraqueza dos seus consumidores.

Assim, não só expressam o desprezo secreto da sociedade por estes bens, como obrigam os seus consumidores a apresentarem descaradamente a nocividade da sua escolha.¹⁸¹

Este *shaming* é particularmente intenso nos maços de tabaco que são acompanhados por imagens de crianças afectadas pelo fumo, revelando, disfarçadamente, uma imagem de insensibilidade do fumador e obrigando-o a transportá-la como uma marca de si mesmo, qual corte de barba medieval ao penitente público.

¹⁸⁰ Ver Anne van Aaken, ‘Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment’, in *Choice Architecture in Democracies* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2016), pp. 161–96 <<https://doi.org/10.5771/9783845263939-161>>.

¹⁸¹ Numa abordagem de sensibilidade meramente pessoal e não social ferida perante as imagens chocantes, a ideia de uma agressão excessiva dos Direitos Fundamentais do comprador é manifestamente indefensável, uma vez que, nos dias que correm, é tal a habituação social à violência visual, que não serão os dentes podres ou uma cicatriz abdominal de um maço que farão a diferença para os fumadores mais emocionalmente vulneráveis.

Optando por um *nudge* alternativo ao tabaco e ao álcool, eventualmente mais suave e de idoneidade semelhante, como um anúncio de televisão que “atacasse o mal pela raiz”, e combatesse desde cedo o viés do comportamento de manada nos adolescentes, revelando, por exemplo, que a percentagem de adolescentes bebedores ou fumadores é menor do que se supõe,¹⁸² talvez este *shaming* tardio e sobretudo, desnecessário, fosse evitável.

¹⁸² Medida aliás referida por Thaler e Sunstein a propósito do viés do comportamento de manada, em Richard H. Thaler and Sunstein., pág. 101,102. Ver também Linkenbach e PerkinsH. Wesley Perkins and others, ‘Effectiveness of Social Norms Media Marketing in Reducing Drinking and Driving: A Statewide Campaign’, *Addictive Behaviors*, 2010 <<https://doi.org/10.1016/j.addbeh.2010.05.004>>.

5.3. Proporcionalidade

A proporcionalidade *stricto sensu* pondera a relação entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por esta prosseguido.¹⁸³

Enquanto na adequação e na necessidade não se pondera se o fim é suficientemente “bom” para a restrição, mas apenas se este é, em si, legítimo, alcançável pela medida e se haveria outras medidas de idoneidade semelhante evidentemente menos agressivas¹⁸⁴, na proporcionalidade sim.

A proporcionalidade é assim uma ponderação casuística entre a importância do objectivo que se pretende atingir com a medida e a gravidade da restrição que se fez para atingir esse fim, um balancear ético e teleológico, e não uma mera subsunção conceptual.

Por exemplo, disparar sobre uma criança que furta fruta pode enquadrar-se como uma medida idónea na sua eficácia e necessária (por não haver outra opção viável à disposição) para fazer com que esta abandone o quintal. Não será, no entanto, proporcional.¹⁸⁵

A maioria da doutrina entende aqui que o controlo da proporcionalidade se deve restringir aos casos em que existe uma manifesta situação de “canhão para atirar a pardais”¹⁸⁶, ou seja, casos em que a acção seja, por si só, sem ser pela sua comparação com outra medida de igual idoneidade, *manifestamente desproporcionada*.

A função deste subprincípio não é assim escolher outro meio mais proporcional do que a medida em causa, é apurar se este é desproporcionado.

Neste caso, há três pesos na balança: de um dos lados, a Saúde Pública, que, como analisamos, é o fim último da restrição, *versus* as limitações que impõe em dois âmbitos: à vontade e liberdade dos consumidores por uma parte, e ao livre desenvolvimento do

¹⁸³ Sobre o Princípio da Proporcionalidade, consultar CANAS, Vitalino (2016) *O princípio da proibição do excesso : em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*

¹⁸⁴ Reis Novais defende que o juízo de proporcionalidade pode ser feito de forma conjunta com o juízo de necessidade, só sendo proporcional a medida que não seja desproporcional em comparação com toda uma constelação de proporções e medidas. Aqui iremos seguir uma visão

¹⁸⁵ Este exemplo é referido no livro (REIS NOVAIS, Jorge (2008) *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pág. 168), sendo, a meu ver, uma boa importação da esfera privada de uma imagem de excessividade que pode densificar o conceito a nível regulatório.

¹⁸⁶ Imagem da autoria Fritz Fleiner, na sua obra *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr, Tübingen, 1928, p. 404.

mercado (das empresas “pecadoras”), que meramente respondem a essa vontade ou liberdade da procura.

O princípio da proporcionalidade terá, portanto, de ser analisado quer na perspectiva do cidadão consumidor na sua procura do produto regulado quer na perspectiva da empresa que oferece este mesmo produto “pecaminoso”, pois é duplo o alvo a quem um *nudge* publicitário contra o pecado, desta forma, atinge.

5.3.1. Empresas

Relativamente às empresas, estamos perante um caso em que é requerido apenas o chamado “controle de evidência”.

Este postulado implica que, quando a protecção de um Direito Fundamental (neste caso, à Saúde, expresso no artigo 64º da CRP) implica a afectação marginal de direitos económicos (como entendemos ser neste caso o exercício da publicidade), esta só é excessiva ou desproporcionada quando manifestamente ilógica ou irracional.¹⁸⁷

A Saúde Pública, por mais imperfeitamente atingida que seja¹⁸⁸, será sempre mais valiosa do que os direitos económicos de qualquer empresa, e ainda mais se estiverem em causa os seus direitos indirectos na comercialização de produtos “pecaminosos”.

Este controle de evidência, aliado à leveza paternalista inerente à natureza do *nudge* faz com que, da parte das empresas pecadoras, seja muito difícil defender uma situação de excessividade do *nudge* com base na sua falta de proporcionalidade.

No entanto, o *nudge* não é tão dirigido à oferta como à correcção dos vícios de racionalidade da procura.¹⁸⁹ É essa a sua construção psicológica.

Aliás, a oferta e a procura estão relacionadas, e provavelmente, não existiria oferta de pecado se não existisse, a montante, uma intensa e algo descontrolada procura, tal como não existiria procura se não se lhe presentasse (legal ou ilegalmente) a oferta.

¹⁸⁷ Ideia importada da doutrina alemã e referida em REIS NOVAIS, Jorge (2008) *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, pág. 184

¹⁸⁸ A propósito da Idoneidade do *nudge feedback* (*supra* 5.1.2.), vimos que a medida não tem de abarcar todo o fim a que se dirige.

¹⁸⁹ Analisamos este ponto no capítulo 3, a propósito do paternalismo anti-pecado.

Resta analisar até que ponto o Estado pode restringir a Procura, que não deixa de ser, numa nomenclatura económica, o conjunto dos cidadãos, que em última análise, são eleitores e mestres do próprio Estado que as pretende “controlar” na sua irracionalidade.

5.3.2. Consumidor

Tal como observamos anteriormente neste trabalho¹⁹⁰, a chave para a resolução do problema do álcool, do *fast food* e do tabaco não está no controle da oferta, mas da procura, ainda que neste caso, o controle seja feito através da publicidade disponibilizada pela oferta.

Aquilo que caracteriza um “*nudge*” é não só não ser um paternalismo “puro e duro”, como também o facto de se dirigir à “mente” enviesada da procura,¹⁹¹ sendo aqui que surgem as dúvidas mais relevantes em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesta situação não existem dois direitos em confronto de grandeza diferente, como eram a Saúde Pública e a livre iniciativa económica, mas de grau equivalente, como são a Saúde Pública e a Liberdade individual de cada cidadão e consumidor.

Embora vise garantir um bem comum supra individual, e deva até transmitir um espírito do correcto *dever ser*, na linha da Prevenção Geral Positiva¹⁹², deve questionar-se se cabe ao Estado querer cuidar dos cidadãos ao ponto de interferir claramente num sentido contrário à sua vontade individual.

No fundo, aquilo que se afere aqui é se o ónus da correcção do viés da vontade limitada deve pertencer não ao Estado, mas a cada cidadão.¹⁹³

¹⁹⁰ Ver *supra* capítulo 3

¹⁹¹ Repare-se no paradoxo de impedir a Procura de ser Procura, ou pelo menos de controlar os seus impulsos.

¹⁹² Ideia importada da Teoria dos Fins das Penas de Klaus Roxin, normalmente enquadrada no Direito Penal, mas que me parece também adequada neste contexto. Ver Claus Roxin, ‘Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil’, in *Rechtswissenschaft Und Rechtsliteratur Im 20. Jahrhundert*, 2007 <<https://doi.org/10.17104/9783406731181-867>>.

¹⁹³ A força de carácter de cada um dos cidadãos seria assim o seu próprio paternalismo e protecção contra a ameaça de escolhas pecaminosas.

Afinal de contas, o Paternalismo Libertário passa pela manipulação de vieses por forma a *orientar* o cidadão a tomar a opção que é melhor para si.

Ora, enquanto que as manipulações dos vieses da assimetria informativa (caso das escolhas complexas), são, apesar de tudo, pouco invasivas; o mesmo não se pode dizer linearmente da manipulação do viés do desconto hiperbólico ou da vontade limitada, exercida pelo estímulo *feedback*.

Os nudes em escolhas complexas acabam por ser positivos, porque a tecnocracia governamental substituí, representa e aperfeiçoa pela sua maior sabedoria a voz que a democracia lhe delega. Devolve a informação em regulação publicitária.

*“Contrariamente a limitar as escolhas de alguém ou a substituir o seu julgamento económico pelo desse alguém, fornecer informação ou aconselhamento trata os indivíduos como decisores inteiramente competentes.”*¹⁹⁴

Assim acontece com os já referidos ENL, em que o que está em causa é um mero retratamento da informação transmitida¹⁹⁵ aquando da venda de produtos alimentares, dotando-o apenas de uma pequena carga moralizadora¹⁹⁶, insuficiente para constituir um impulso paternalista excessivo.

Há até quem não considere estes impulsos de todo paternalistas.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Hausman and Welch., pág. 127

¹⁹⁵ Desde, que, já agora, fidedigno e verdadeiro, pois tal como afirma Van Aaken: *“It is undisputed that government transparency – which results in the recognition of a right of citizens to have access to government information and documents – foresees, as a necessary corollary, a correspondent governmental duty to provide information to citizens which are complete, accurate and reliable. As a result, any attempt at using information tools in order to influence behaviour and citizens’ choice, such as mandating pictorial warnings consisting in vivid images of disease on tobacco, alcohol or junk food, could hardly be regarded as something less objectionable than government propaganda.”*

¹⁹⁶ As cores vermelho, amarelo e verde representam, simbolicamente, o mau o médio e o bom, numa lógica metafórica que utiliza a imagem do semáforo.

¹⁹⁷ Ver Hausman and Welch., em que é comentado o *nudge*, proposto por Thaler e Sunstein, de “arquitetar uma escolha de cantina”, através da funcionária “Carolyn”, que dispõe os alimentos saudáveis de forma a ficarem mais visíveis, comentando-se que se fossem, alternativamente, dispostos rótulos alimentares, não estaríamos perante uma situação de paternalismo. Pág. 129: *“Carolyn’s food arrangement satisfies the first part of this definition and thus counts as paternalistic. If instead she placed placards by the various dishes with nutritional information, then she would not be aiming to shape how the children choose or to limit what can be chosen, and her actions would not in our view (as opposed to Thaler and Sunstein’s) count as paternalistic.”*

No caso da transmissão de *feedback*, há, no entanto, uma clara tentativa por parte do arquitecto da escolha de educar os cidadãos contra o seu vício através da manipulação de vieses.

Os *nudges* subjacentes ao slogan “seja responsável, beba com moderação” e à imposição das imagens desagradáveis nos maços de tabaco são descaradamente paternalistas no seu âmago.

No entanto são evidentemente não coercivos e “apenas” psicológicos, deixando ao consumidor espaço de manobra para os ignorar, como aliás tem vindo a acontecer.

Aqui, aquilo que protege o *nudge* em termos constitucionais do princípio da proibição do excesso acaba por ser, mais uma vez, a sua leveza.

Relativamente ao cidadão consumidor, um *nudge* nunca será particularmente restritivo, pois uma das principais características e vantagens do paternalismo libertário é precisamente o espaço opcional que permite na direcção oposta em relação à qual “empurra”.

A grande conclusão deste capítulo será, assim, a favor da proporcionalidade dos *nudges* publicitários anti-pecado, quer na sua modalidade “estruturar escolhas complexas”, quer como forma de “transmitir *feedback*”, uma vez que opõem ao grande fim da Saúde Pública, restrições de pouco relevo, pois, embora algo paternalistas, são sempre suficientemente respeitadoras da liberdade individual.

6. CONCLUSÕES

1. Existe um factor de intertemporalidade nas escolhas, que se relaciona com a abordagem metafórica seguida ao longo deste trabalho termo “pecado”, aproveitando-o para o reino da economia comportamental: uma representação de uma irracionalidade económica de longo prazo.
2. O tabaco, o álcool e o *fast food* são escolhas especialmente e tendencialmente irracionais devido ao seu carácter viciante, à abrangência da sua nocividade e à quantidade das suas vítimas.
3. Apesar de parecer anárquica à primeira vista, a irracionalidade dos agentes económicos foi categorizada e de certa forma “racionalizada” ou tornada previsível através de diversos tipos de adulteração da racionalidade económica: os vieses.
4. Os vieses resultam da tensão existente entre os dois sistemas de raciocínio que influenciam a nossa tomada de decisões: o raciocínio rápido ou automático e o raciocínio lento ou reflexivo.
5. Em relação ao álcool, ao tabaco e ao *fast food*, há quatro vieses de especial pertinência: o *desconto hiperbólico*, a *vontade limitada*, o *comportamento de manada* e a *disponibilidade*.
6. Mais do que transmitir as qualidades e defeitos do seu produto, a publicidade pretende apelar ao consumo, utilizando a repetição de informação como um viés de disponibilidade, não podendo ser defendida como realidade perfeitamente integrada no direito à informação.
7. A publicidade constitui-se, em termos económico comportamentais, como a actuação mais pura e perniciosa do viés da disponibilidade, pois veste-se de apelos directos, intencionais e por vezes associados a outros vieses, sendo a “publicidade ao pecado” um evidente *viés sobre vies*.
8. Deve debater-se até que ponto o Estado pode opor à “publicidade pecaminosa” das empresas a sua “publicidade santa”, pois depende da sua visão de escolha racional.
9. Os conceitos de “custo” e “benefício” associados ao postulado da racionalidade não são de concretização evidente na escolha individual, até porque existe uma evidente carga subjectiva naquilo que será proveitoso para cada agente.

10. A “educação” para o consumo, na modalidade relevante para este trabalho, que se entende ser a de uma promoção de uma ideia socialmente aceite como é a da nocividade do pecado, levanta um problema de paternalismo.

11. O paternalismo publicitário contra o pecado é conceptualmente complexo, podendo, no entanto, ser definido como duro, impuro e *welfare*, segundo a tipologia de Dworkin.

12. O problema no caso do pecado é que este não está somente na oferta, mas também na procura, avidamente inelástica, mesmo para além dos limites da lei, implicando por isso um redireccionamento do alvo do paternalismo.

13. A sua vertente *welfarista* protege conceptualmente o paternalismo contra o pecado, pois representa uma lógica de bem comum, um bem estar colectivo que pode justificar a restrição e controle do consumo de certos bens.

14. O paternalismo contra o pecado pode ser exercido em contornos aparentemente mais respeitadores da vontade individual, através do aproveitamento da ideia de Thaler e Sunstein: o paternalismo libertário.

15. O Paternalismo libertário é uma solução mista entre o liberalismo e o paternalismo, que utiliza a vertente psicológica da economia comportamental, partindo da ideia de irracionalidade previsível dos agentes económicos, ou da sua racionalidade limitada que se traduz na vulnerabilidade a vieses e consequentemente, ao pecado recorrente.

16. Na doutrina económica do paternalismo libertário, é aconselhada ao legislador a utilização de “*nudges*” ou estímulos que tenham em conta os vieses dos agentes económicos a que se dirigem, construindo-lhes uma melhor “arquitectura da escolha”, por forma a evitar irracionalidades.

17. Apesar de sujeito a críticas pelo seu carácter coartador e invasor da autonomia individual, o paternalismo libertário apoia-se sobre a ideia de inevitabilidade da arquitectura da escolha.

18. A as medidas de proibição total da publicidade ao pecado não possuem o carácter libertário que as equivaleria a um *nudge*, sendo antes a um outro tipo de paternalismo, não libertário, mas coercivo, impedindo as empresas de utilizarem a publicidade como uma manobra enviesadora.

19. Entendemos que os dois tipos de estímulo mais utilizados no combate publicitário aos pecados do álcool, do tabaco e do *fast food* são o *nudge* “transmitir feedback” e o *nudge* “estruturar escolhas complexas.”

20. O fim ou objectivo dos *nudges* contra o pecado não é rigorosamente determinável, sendo um misto de figuras mediatas e imediatas em redor da gigantesca e vaga noção Saúde Pública, sendo a sua conceptualização mais próxima a redução do número de utentes no sistema nacional de saúde provocados por comportamentos pecaminosos.

21. Existe uma certa desadequação inerente aos *nudges* face aos problemas que tentam resolver, por serem sempre, por natureza, sempre um pouco débeis enquanto forma de paternalismo, pois tentam, através de pequenos estímulos publicitários, alcançar o difícil horizonte da Saúde Pública.

22. Através do “*nudge feedback*”, o legislador pretende mitigar os problemas de auto-domínio dos consumidores, que na sua visão não têm força de vontade suficiente para resistir às tentações do mercado.

23. O “*nudge feedback*” não responde eficazmente a nenhum viés subjacente ao consumo de álcool e tabaco, sendo estes, no nosso entender, o comportamento de manada adolescente num primeiro momento, e a vontade limitada num segundo, podendo até o seu factor *nagging* provocar uma indesejada reacção de rebeldia.

24. Para que exista idoneidade, não é necessária uma correspondência absoluta entre a medida em causa e o fim, bastando uma aproximação parcelar ao objectivo pretendido.

25. Embora o mercado não mostre nenhuma redução relevante do pecado desde a entrada em vigor do *nudge feedback*, não existe maneira de provar que a medida *não teve qualquer tipo de resultados*, sendo por isso inviável uma decisão de inadequação absoluta do *nudge feedback* na regulação da publicidade ao pecado.

26. Bastaria, pelo menos conceptualmente, que um único agente económico tivesse abandonado o seu consumo de tabaco ou reduzido o seu consumo de álcool, por efeito do *nudge feedback*, para que existisse uma aproximação parcelar ao fim pretendido.

27. Para a verificação da idoneidade de uma medida, devem ser tidos em conta os conhecimentos científicos do governo à época da imposição dessa medida, sobrevivendo

também por isso o *nudge* feedback ao primeiro filtro do Princípio da Proibição do Excesso.

28. É impossível medir o impacto no mercado do pecado de *nudges* alternativos aos que estão em vigor, todos eles semelhantes na sua novidade legislativa e nos seus diluídos e imprevisíveis efeitos, e muito menos determinar se o seu grau de idoneidade lhes é equivalente, não sendo por isso possível fazer um juízo rigoroso de (des)necessidade das medidas em causa.

29. Relativamente ao juízo de proporcionalidade dos *nudges* face às empresas, é requerido apenas o chamado “controle de evidência” que implica que, quando a protecção de um Direito Fundamental implica a afectação marginal de direitos económicos, esta só é excessiva ou desproporcionada quando é manifestamente irracional.

30. No *nudge* “estruturar escolhas complexas” subjacente aos rótulos-semáforo, o que está em causa é um mero retratamento da informação transmitida aquando da venda de produtos alimentares, dotando-o apenas de uma pequena carga moralizadora insuficiente para constituir um impulso paternalista excessivo.

31. No *nudge* “transmitir *feedback*”, subjacente às imagens desagradáveis dos maços de tabaco e à frase “seja responsável, beba com moderação”, há uma clara tentativa por parte do Estado de tentar educar os cidadãos contra o seu vício através da manipulação de vieses, insuficiente no entanto para ser desproporcionada, por causa da sua leveza.

32. Decide-se, assim como conclusão geral deste trabalho, a favor da proporcionalidade dos *nudges* publicitários contra o pecado, quer na sua modalidade “estruturar escolhas complexas”, quer como forma de “transmitir *feedback*”, uma vez que implicam restrições de pouco relevo, pois são um pequeno incentivo psicológico, sempre suficientemente respeitador da liberdade individual, pretendendo o grande objectivo da Saúde Pública, que as cobre.

BIBLIOGRAFIA

- AAKEN, A. van. (2016). "Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment." In *Choice Architecture in Democracies*
- ARAÚJO, F. (2005). *Introdução à Economia* (3ª edição; Almedina, Ed.). Coimbra.
- ARIELY, D. (2009). Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. In *Harper Collins Publishers*.
- ARNESON, Richard J., (1989). "Paternalism, Utility, and Fairness", *Revue Internationale de Philosophie*, 43(170(3)).
- BERGELSON, Vera (2007) "The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent", *The George Washington Law Review*.
- BOVENS, L. (2009). The Ethics of Nudge. In T. Grüne-Yanoff & S. O. Hansson (Eds.), *Preference Change* (pp. 207–219). Dordrecht: Springer Netherlands.
- BRINK, David O. (2013) *Mill's Progressive Principles*, Oxford: Oxford University Press.
- CAMERER, C., Issacharoff, S., Loewenstein, G., O'Donoghue, T., & Rabin, M. (2003). Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for "asymmetric paternalism." *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), 1211–1254. <https://doi.org/10.2307/3312889>
- CONLY, Sarah, (2012) *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- COONS, Christian and Michael Weber (eds), (2013) *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DWORKIN, G. (2005). Moral paternalism. *Law and Philosophy*. <https://doi.org/10.1007/s10982-004-3580-7>
- DWORKIN, G. (2010). Defining paternalism. In *Paternalism: Theory and Practice*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139179003.002>
- DIXON, Nicholas, (2001), "Boxing, Paternalism, and Legal Moralism", *Social Theory and Practice*, 27(2): 323–344.
- DE MARNEFFE, Peter, (2006), "Avoiding Paternalism", *Philosophy and Public Affairs*,

34: 68–94. doi:10.1111/j.1088-4963.2006.00053.x

FEINBERG, Joel, (1986) *Harm to Self*, Oxford: Oxford University Press.

FOX, Craig R. and David Tannenbaum, 2015 “The Curious Politics of the ‘Nudge’”, *New York Times*, September 26, 2015, p. SR9.

GOVIN. (2012). *A broader liberty: J.S. Mill, paternalism and the public’s health*.

GOLDMAN, Alan H., 1980, “The Refutation of Medical Paternalism”, in his *The Moral Foundations of Professional Ethics*, Towata: Rowman and Littlefield.

GOODIN, Robert E., 1991, “Permissible Paternalism: Saving Smokers from Themselves”, *The Responsive Community* 1: 42–51. [Republished in LaFollette, Hugh (ed.), 2014, *Ethics in Practice: An Anthology*, Hoboken: Wiley-Blackwell.]

GORIN, Moti, 2014, “Do Manipulators always threaten Rationality?” *American Philosophical Quarterly*, 51(1): 51–61.

GOSTIN, Lawrence O. and Kieran G. Gostin, 2009, “A broader liberty: J. S. Mill, Paternalism and the Public’s Health”, *Public Health*, 123: 214–22. doi:10.1016/j.puhe.2008.12.024

GROLL, Daniel, 2012 “Paternalism, Respect and the Will”, *Ethics*, 122(4): 692–714. doi:10.1086/666500

HAUSMAN, D. M., & WELCH, B. (2010). Debate: To nudge or not to nudge. *Journal of Political Philosophy*. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00351.x>

HIPPEL, E. Von, Ogawa, S., & De Jong, J. P. J. (2011, September). The age of the consumer-innovator. *MIT Sloan Management Review*, Vol. 53, pp. 27–35.

HOLLAND, R. W., Meertens, R. M., & Van Vugt, M. (2002). Dissonance on the road: Self-esteem as a moderator of internal and external self-justification strategies. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 28(12), 1713–1724. <https://doi.org/10.1177/014616702237652>

How fast food chains use color to make you hungry and impulsive - Insider. (n.d.). Retrieved November 8, 2019, from <https://www.insider.com/fast-food-colors-make-you-hungry-2018-9>

- HECTOR, Colin, 2012, “Nudging towards Nutrition: Soft Paternalism and Obesity-Related Reform”, *Food & Drug Law Journal*, 67(1): 103–122.
- HUSAK, Douglas, 2003, “Legal Paternalism”, in Hugh LaFollette (ed.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, New York: Oxford University Press.
- JÚDICE, M. (2018). *Economia comportamental e prestação de informação nos mercados bancários de retalho*.
- KLEINIG, John, 1983, *Paternalism*, Towata: Rowman and Allenheld.
- KULTGEN, John, 1995, *Autonomy and Intervention: Paternalism in the Caring Life*, New York City: Oxford University Press.
- KAHNEMAN, D. (2011). *Thinking fast, thinking slow*. In *Interpretation, Tavistock, London*.
- LEITÃO, L. M. T. de M. (2012). As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa Dos Direitos Dos Consumidores*, 369.
- LERCHE, P. (1961). *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln u. a.: Heymann Verlag.
- LE GRAND, Julian and Bill New, 2015, *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?* Princeton: Princeton University Press.
- LOEWENSTEIN, George, Cindy Bryce, David Hagmann, & Sachin Rajpal, 2014, “Warning: You Are About To Be Nudged”, 17 (Mar. 29, 2014) (unpublished working paper) URL=<<http://ssrn.com/abstract=2417383>>Mill, John Stuart, 1859, *On Liberty*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1956.
- NYS, Thomas, Yvonne Denier, and Toon Vandeveld (eds), 2007, *Autonomy and Paternalism: Reflections on the Theory and Practice of Health Care*, Leuven: Peeters.
- NOVAIS, J. R. (2004). *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- POPE, Thaddeus Mason, 2000, “Balancing Public Health against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations”, *University of Pittsburgh Law Review*, 61(2): 419–498.

- REBONATO, R. (2014). A Critical Assessment of Libertarian Paternalism. *Journal of Consumer Policy*, 37(3), 357–396. <https://doi.org/10.1007/s10603-014-9265-1>
- SAGHAI, Yashar, 2013, “Salvaging the Concept of Nudge”, *Journal of Medical Ethics*, 39(8): 487–493. doi:10.1136/medethics-2012-100727
- SALAZAR V., Alberto R., 2012, “Libertarian Paternalism and the Danger of Nudging Consumers”, *King's Law Journal*, 23(1): 51–67. doi:10.5235/096157612800081222
- SARTORIUS, Rolf, 1983, *Paternalism*, Minneapolis, MN: University of Minnesota Press.
- SAVELSCU, Julian, 1995, “Rational non interventional paternalism: why doctors ought to make judgments of what is best for their patients”, *Journal of Medical Ethics*, 21: 327–331.
- SHIFFRIN, Seanna, 2000, “Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation”, *Philosophy & Public Affairs*, 29: 205–250.
- SKIPPER, Robert A., 2012, “Obesity: Towards a System of Libertarian Paternalistic Public Health Interventions”, *Public Health Ethics*, 5: 181–191. doi:10.1093/phe/phs020
- SAMUELS, A. (2018). Organ donation. *The Medico-Legal Journal*. <https://doi.org/10.1177/0025817218754963>
- SANTOS, A. C. (2017). *A arquitetura da escolha: uma análise de economia política*.
- SANTOS, A. C., & Costa, V. (2013). Regular o consumidor? Novas tendências de política no setor financeiro. *Análise Social*.
- SANTOS, B. Dos. (2016). O Catecismo da Igreja Católica (III). *Revista de Cultura Teológica*. ISSN (Impresso) 0104-0529 (Eletrônico) 2317-4307. <https://doi.org/10.19176/rct.v0i5.14112>
- THALER, R. H., & SUNSTEIN, C. R. (2009). *Nudge - Como melhorar as decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Academia do Livro.
- THALER, R., & SUNSTEIN, C. (2008). Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness. In *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. <https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>

UE: publicidade ao tabaco nos media proibida a partir de hoje | Portugal ainda não comunicou a adequação das leis nacionais à legislação europeia | PÚBLICO. (n.d.). R

VASQUES, S. (1998). *Os Impostos do Pecado*.

VANDEVEER, Donald, 1986, *Paternalistic Intervention: The Moral Bounds on Benevolence*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

WEBER, Michael, and Christian Coons, 2014, *Manipulation: Theory and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

WILKINSON, T.M., 2013, “Nudging and Manipulation”, *Political Studies*, 61(2): 341–355. doi:10.1111/j.1467-9248.2012.00974.x