

A importância da análise de consequências para a regulação jurídica

Perspectivas e riscos do consequencialismo e do “consequenciachismo”

Parte 1

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

As recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 em relação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro colocaram em foco a discussão sobre a importância da análise das consequências para a motivação de decisões proferidas pelas esferas administrativa, controladora ou judicial.

Com efeito, o art. 20 dispõe que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, enquanto que o art. 21 determina que “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

Algumas interpretações apressadas chegaram a defender que teria ocorrido a positivação do consequencialismo no Brasil ou mesmo de tipos específicos de consequencialismo, tais como a análise econômica do direito.

Entretanto, é necessário examinar a questão com maior cuidado. É certo que os referidos artigos têm a nítida intenção de exigir do intérprete e aplicador dos comandos jurídicos a avaliação das consequências práticas da decisão adotada. Entretanto, em nenhum momento a lei prevê que apenas as consequências devem orientar a decisão ou que as consequências teriam prioridade sobre todos os demais aspectos envolvidos no processo decisório.

Isso fica particularmente claro no art. 20, que veda tão somente a decisão com base exclusivamente “em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Consequentemente, valores jurídicos podem e devem continuar orientando o raciocínio jurídico, desde que

sejam examinados em um plano que não seja meramente abstrato, mas sim concreto, a partir da devida avaliação das consequências da sua aplicação no caso particular.

Tal orientação é reforçada pela interpretação sistemática da LINDB, cujos arts. 4º e 5º dispõe, respectivamente, que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Veja-se, portanto, que a alteração legislativa manteve as técnicas tradicionais de interpretação e integração jurídicas, bem como a importância dos fins sociais e das exigências do bem comum.

Tal orientação é também reforçada por princípios constitucionais e cláusulas gerais, os quais continuam sendo vetores fundamentais para se saber, especialmente em casos nos quais diversos cenários se apresentam, que consequências são aceitáveis ou não ou que decisões levariam a consequências mais compatíveis com os valores e finalidades perseguidos pelo ordenamento jurídico.

Dessa maneira, parece no mínimo apressado concluir que a alteração legislativa implementou o consequencialismo no Brasil, pelo menos no sentido mais restritivo que esta palavra assume no contexto do debate ético. Com efeito, o termo consequencialismo é normalmente utilizado para designar a ética das consequências, por meio da qual, em oposição à ética deontológica ou de matriz kantiana, condutas são julgadas e decisões são tomadas não pelo seu valor intrínseco, mas tão somente pelas suas consequências.

Entretanto, o desafio que a LINDB agora nos propõe não é excludente, no sentido de impor a opção pelas consequências em detrimento dos valores. Pelo contrário, exige a conciliação dessas duas perspectivas, por meio de um discurso jurídico que possa considerar, ao mesmo tempo, os valores que devem orientar a decisão com as respectivas consequências práticas, sem o que pode haver o comprometimento da eficácia dos próprios valores que a decisão procurou implementar ou de outros valores ou interesses que não foram devidamente considerados ou sopesados no processo decisório.

Tal ressalva é necessária para mostrar a LINDB, apesar de acertadamente ter ressaltado a importância e a necessidade da avaliação das consequências, não determinou propriamente o consequencialismo como abordagem exclusiva ou

prioritária. Em decorrência, não se impõe ao intérprete ou regulador o compromisso de *apenas* se ater às consequências das suas decisões, mas sim o compromisso de *também* se ater às consequências, sem obviamente negligenciar os outros aspectos necessários para a validade e legitimidade do discurso jurídico.

Dessa maneira, as alterações introduzidas na LINDB não afastam a necessidade de que a fundamentação jurídica possa e deva manter os desdobramentos principiológicos e finalísticos. Subsiste, pois, o desafio inerente à regulação e a interpretação jurídicas, que é o de costurar adequadamente essas três dimensões do discurso jurídico – a principiológica, a finalística e a consequencialista – em um todo coerente, tanto sob o ponto de vista da decisão individual, como do ponto de vista do conjunto do ordenamento, do qual se espera coerência.

Feitas essas ressalvas iniciais, não se pode negar que a preocupação com a análise das consequências das decisões e das ações de agentes públicos deve ser uma prioridade, a demandar sólido esforço nesse sentido, até em razão da falta de tradição jurídica para esse tipo de avaliação. Daí a necessidade de se avançar em técnicas que possam ser adequadas e idôneas para estimar as consequências de determinadas decisões ou políticas, especialmente quando elas exigirem prognoses e cenários futuros.

Abre-se espaço, portanto, para a utilização de metodologias econômicas que, muitas vezes com fortes preocupações quantitativas, se propõem a mensurar objetivamente as consequências de determinadas alternativas e, dessa maneira, oferecer lastro seguro para a decisão ou a escolha.

Entretanto, esse diálogo entre direito e economia também precisa ser feito com cuidados e precauções, até porque não se pode falar em consequencialismo ou estimativa das consequências sem a reflexão sobre algumas pré-compreensões que influem diretamente sobre o alcance, o rigor e mesmo a confiabilidade das metodologias.

Com efeito, do ponto de vista da teoria econômica, a capacidade de estimar com precisão as consequências de determinados eventos é discutível. Daí por que a confiabilidade nos modelos e metodologias de apuração de consequências será menor, por exemplo, para aqueles que, filiados à tradição de economistas como Keynes e Minsky, acreditam que mercados são inerentemente instáveis, de forma que predições são sempre limitadas e precárias.

Por outro lado, para a vertente que adota as premissas de racionalidade e estabilidade dos mercados, é mais viável não somente a previsibilidade dos acontecimentos, como também o controle e cálculo de risco.

Esse primeiro mapeamento é importante para destacar que muitas das metodologias de estimação de consequências e prognoses adotam a última postura, baseando-se, por isso mesmo, em premissas idealizadas, com alto grau de abstração e altamente questionáveis, tais como a de que (i) os agentes de mercado são racionais e independentes, (ii) os mercados são livres, justos, estáveis e refletem corretamente valor e risco.

Consequentemente, a análise de consequências que resulta desse específico arsenal teórico e metodológico apresenta uma série de limitações, embora em muitos casos suas conclusões sejam apresentadas como autoevidentes e sejam capazes de moldar facilmente o que se chama de “senso comum”, ainda que sem evidências empíricas que as suportem. Um dos efeitos indesejáveis desse processo são estimativas falhas e apressadas, tais como a do *trickle down* – quanto mais desonerada a classe produtiva maior será o investimento produtivo, o crescimento e o bem-estar social – ou a de que a maior desproteção do trabalhador aumentará o número de empregos. Nesses casos, são tantas as especulações e premissas idealizadas que se está mais no campo da especulação do que propriamente de análise consequencialista rigorosa e com forte lastro empírico¹.

Outro problema que se observa na estimativa das consequências é a utilização crescente da econometria, sem muitas vezes a necessária reflexão sobre a idoneidade das premissas em que se baseiam tais análises. Com efeito, como adverte Dani Rodrik², resultados econométricos podem apoiar quaisquer e todas as categorias de argumentos, embora pouco desse trabalho sobreviva a um escrutínio mais atento, uma vez que as regras da economia não são propriamente universais, mas sim instáveis e sujeitas a inúmeras peculiaridades.

Aliás, apesar das inúmeras vantagens da utilização crescente de técnicas quantitativas para diversos propósitos, incluindo o de análises de consequências,

¹ Sobre os excessos do economicismo, ver FRAZÃO, Ana. Economicismo e bad economics. Como concepções econômicas parciais, idealizadas e muitas vezes descoladas dos fatos vêm contribuindo para o aumento da desigualdade. *Jota*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economicismo-e-bad-economics-02052019>

² *Economics Rules. The rights and wrongs of the dismal science*. New York: WW. Norton & Company, 2015.

tais métodos apresentam também diversas limitações. A recente obra de Jerry Muller³ mostra que nem tudo que é importante é mensurável e nem tudo que é mensurável é importante. Isso sem contar nas inúmeras fraudes e distorções que podem acontecer no processo de quantificação, o que já antecipa que a análise de consequências precisa ter também uma importante preocupação qualitativa.

Na verdade, mensurar consequências é algo muito difícil. É essa, inclusive, uma das principais críticas que se faz à Escola de Chicago no Direito Antitruste, uma vez que nunca foi possível se chegar à maior segurança no que diz respeito à mensuração de eficiências⁴. Logo, não obstante todas as críticas já existentes quanto à idoneidade do próprio critério da eficiência, ele nunca foi capaz de trazer a segurança pretendida, em um claro exemplo de que nem sempre a substituição de metodologias jurídicas por metodologias econômicas será capaz de resolver, de forma objetiva e segura, assuntos humanos complexos.

Mesmo hoje, em que se tem a maciça utilização de algoritmos para mensurações e prognoses, verifica-se que há limites para a confiança no poder preditivo das máquinas pois, como advertem Agrawal, Gans e Goldfarb⁵, tal capacidade é ruim quando se trata de eventos raros.

Todos esses pontos são ora ressaltados para antecipar que estimar consequências, seja do ponto de vista quantitativo, seja qualitativo, não é um processo fácil. Envolve a adoção de premissas importantes, assim como de metodologias que precisam ser compreendidas em face de suas limitações e falibilidades, o que exige que sejam contrastadas, sempre que possível, com outras metodologias e também com evidências empíricas.

A falta de reflexão sobre as premissas, as características e mesmo as falibilidades de muitos dos modelos de análises de consequências pode levar a um verdadeiro “consequenciachismo”, expressão debochada que vem sendo utilizada para a estimativa de consequências feita sem rigor científico, muitas vezes com base ou no que se chama de “senso comum” ou em modelos econômicos excessivamente abstratos e idealizados, sem correspondência consistente com os fatos concretos.

³ *The tyranny of metrics*. New Jersey: Princeton University Press, 2018.

⁴ Ver, sobre o assunto, FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁵ *Prediction machines. The simple economics of artificial intelligence*. Boston: Harvard Business Review Press, 2018.

Se a avaliação das consequências tem por objetivo propiciar decisões eficientes, garantindo segurança jurídica e coerência, o “consequenciachismo” pode levar ao resultando oposto, substituindo a subjetividade das discussões jurídicas abstratas sobre valores pela subjetividade de métodos econômicos igualmente abstratos e discutíveis, como se analisará melhor na próxima coluna.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019

Publicado em: 29/05/2019