

# A importância da análise de consequências para a regulação jurídica

Perspectivas e riscos do consequentialismo e do “consequenciachismo”

Parte 3

---

**Ana Frazão**

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

---

*“É errado culpar quem quer que seja por fracassar em prognosticar com precisão em um mundo imprevisível. Porém, parece justo culpar profissionais por acreditar que podem se sair bem em uma tarefa impossível.” (Daniel Kahneman)*

Para concluir esta série, é importante destacar que, caso queiramos prosseguir seriamente na avaliação da análise de consequências, além de todos os cuidados já destacados anteriormente nos dois primeiros artigos, precisamos incorporar as novas “descobertas” e soluções que vêm sendo destacadas pela própria economia, de que é exemplo a economia comportamental.

Para isso, é necessário romper com os limites do *mainstream* econômico e com as análises econômicas que decorrem das premissas do *homo oeconomicus*, ou seja, do homem como maximizador racional de utilidades individuais, uma vez que tal abordagem é excessivamente simplista e descolada da realidade, motivo pelo qual os seus resultados dificilmente poderão explicar a realidade ou mesmo predizer o futuro.

Como aponta o recente Prêmio Nobel de Economia Richard Thaler<sup>1</sup>, ironicamente é a existência de modelos formais baseados nessa concepção equivocada do comportamento humano que confere à economia a sua reputação como a mais poderosa das ciências sociais. Ainda segundo ele, a abordagem tradicional da análise econômica do direito é baseada exclusivamente no modelo de *Econs* – homens como maximizadores racionais de utilidades individuais – e na ideia implícita, em alguma medida, de que os mercados devem ser livres.

Entretanto, Thaler<sup>2</sup> mostra que a ação humana está condicionada por três grandes limitações: (i) a da racionalidade, (ii) a do poder de querer e (iii) e a do auto-interesse. São essas limitações que caracterizam verdadeiramente os seres humanos – os *Humans*, em oposição aos *Econs*, da análise econômica tradicional - . Com isso, questiona-se a tradicional premissa da análise econômica do direito de que as pessoas têm crenças corretas e fazem suas escolhas racionalmente. Aliás, segundo Thaler<sup>3</sup>, mesmo a teoria dos custos de transação tem suas insuficiências, pois, quando as pessoas se defrontam com propostas que lhes pareçam injustas, podem ficar com raiva a ponto de punir a outra parte, mesmo que a seu próprio custo.

Dessa maneira, como adverte Thaler<sup>4</sup>, o princípio cardeal do libertarismo da Escola de Chicago – a soberania do consumidor – fica irremediavelmente comprometido. Diante dos limites da racionalidade e mesmo do auto-controle, é inegável que as pessoas cometem erros, o que faz com que seja concebível, pelo menos em princípio, que alguém possa ajudá-las a fazer uma escolha melhor.

Nesse ponto, a pesquisa de Richard Thaler vai ao encontro do que já defendia Daniel Kahneman<sup>5</sup>, ao mostrar que a fé da Escola de Chicago na racionalidade humana está estreitamente ligada a uma ideologia para a qual é desnecessário e mesmo imoral proteger as pessoas de suas escolhas, já que pessoas racionais devem ser livres e responsáveis para cuidar de si mesmas, tal como está traduzido no princípio da liberdade de escolher preconizado por Friedman.

Segundo Kahneman<sup>6</sup>, a liberdade não é um valor contestado pelos economistas comportamentais; estes apenas acham que a vida é mais complexa. A

---

<sup>1</sup> THALER, Richard. *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

<sup>2</sup> Op.cit.

<sup>3</sup> Op.cit.

<sup>4</sup> Op.cit.

<sup>5</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar. Duas formas de pensar*. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

<sup>6</sup> Op.cit.

decisão de proteger indivíduos contra seus erros não é enfrentada pelos economistas de Chicago porque eles partem da premissa de que agentes racionais não cometem enganos e que a liberdade, portanto, não apresenta custo algum. Entretanto, seres humanos apresentam racionalidade limitada, gostos e comportamentos instáveis, vieses e confusões em seus processos cognitivos, assim como também agem movidos por sentimentos e busca da justiça. Por essa razão, embora não sejam irracionais, os homens frequentemente necessitam de ajuda para julgamentos mais precisos e para tomar melhores decisões sobre políticas públicas, assim como precisam ser protegidos daqueles que deliberadamente pretendem explorar suas fraquezas e idiossincrasias.

O problema das fraudes e manipulações é uma das preocupações centrais de George Akerlof e Robert Shiller<sup>7</sup>, para os quais, se as pessoas realmente se comportassem da forma egoísta assumida pela economia tradicional, o sistema tenderia a incentivar manipulações e fraudes. Não obstante, os autores<sup>8</sup> apontam para o fato de que as ações humanas são movidas por muitos outros fatores psicológicos que não apenas o auto-interesse, tais como a confiança, a busca por justiça, a corrupção e a má-fé, a ilusão de dinheiro e mesmo certas “histórias” que elas contam para si mesmas. E o problema do conhecimento econômico tradicional – e das análises que daí decorrem – é que se baseia excessivamente nas expectativas racionais e nos mercados eficientes, acabando por desconsiderar as dinâmicas mais importantes que estão por trás dos movimentos econômicos, incluindo as crises.

Não se está, com isso, dizendo que as pessoas não sejam racionais. O próprio Kahneman<sup>9</sup> esclarece esse ponto, ao dizer que a finalidade da sua pesquisa, longe de ser a de demonstrar que a irracionalidade humana, é mostrar que os seres humanos não são bem descritos pelo modelo do agente racional, pois frequentemente agem fora do padrão de racionalidade, até porque nem sempre sabem o que é bom para eles e nem sempre escolhem o que realmente querem, sendo bastante comuns as decisões disfuncionais.

Entretanto, apesar de todas as críticas à economia tradicional, esta persiste dominante, inclusive no que diz respeito ao excesso de confiança por ela gerado, tal

---

<sup>7</sup> AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Phishing for Phools. The economics of manipulation and deception*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

<sup>8</sup> AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal Spirits*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

<sup>9</sup> Op.cit.

como já apontado pelos artigos anteriores. Tal postura justifica a falta de humildade intelectual e os excessos de muitos modelos preditivos, assim como de muitas prognoses feitas por especialistas excessivamente confiantes nas premissas dos mercados ou mesmo nas intuições pessoais que daí poderiam decorrer.

Entretanto, segundo Kahneman<sup>10</sup>, a evidência de mais de cinquenta anos de pesquisa é conclusiva: para uma grande maioria de gerentes de fundos, a seleção das ações está mais para um lance de jogo de dados do que para um jogo de pôquer. Haveria, segundo o autor, um consenso entre os pesquisadores de que todos os *traders*, saibam ou não, estão disputando um jogo de azar, em que a experiência subjetiva pode ser a de que estão fazendo conjecturas informadas e sensatas, mas a realidade é a de que isso não ocorre pois, mesmo em mercados altamente eficientes, conjecturas sensatas não são mais precisas do que chutes no escuro.

Não é sem razão que pesquisas mostraram que diretores financeiros de grandes corporações não fazem ideia do futuro a curto prazo do mercado de ações e que a correlação entre suas estimativas e o valor verdadeiro é ligeiramente inferior a zero. Ou seja, quando imaginavam que o mercado ia entrar em baixa, era ligeiramente mais provável que entrasse em alta. Tais descobertas não surpreendem, salvo no que diz respeito à má notícia de que os CFOs não parecem saber da pouca acurácia de suas previsões<sup>11</sup>.

Daí as preocupações de que, nesse contexto, criem-se condições propícias mais para o “consequenciachismo” do que para o consequencialismo. Isso é ainda mais provável quando se constata, a partir da obra de Kahneman<sup>12</sup>, que a ignorância da ignorância é uma constante, até porque as ilusões de validade e habilidade de alguns profissionais são apoiadas por poderosa cultura, que normalmente ignora o quanto os seres humanos são inconsistentes.

Logo, existem muitas limitações nos modelos preditivos e em outras formas de prognoses e diagnósticos do futuro que se baseiam nas premissas econômicas tradicionais, que, além de poderem levar a resultados parciais, enviesados e equivocados, inclusive naquilo em que apontam normalmente para soluções *pro mercado* e contra qualquer tipo de intervenção. E o que grande problema, bem resumido por Kahneman na citação que abre o presente artigo<sup>13</sup>, é que, se é errado

---

<sup>10</sup> Op.cit.

<sup>11</sup> Kahneman, Op.cit.

<sup>12</sup> Op.cit.

<sup>13</sup> Kahneman, Op.cit.

culpar quem fracassa em fazer prognósticos em um mundo imprevisível, é justo culpar profissionais que acreditam que podem se sair bem em uma tarefa impossível.

Não se quer, com isso, sustentar a impossibilidade de se fazer prognoses, predições, bem como análises de consequências ou de impacto regulatório. O que se quer sustentar é que tais avanços devem ser trilhados com cuidado e humildade intelectual, bem como a partir de pluralismo metodológico que contemple outras abordagens da ação humana, tais como as oferecidas pela economia comportamental.

Com isso, fica claro que haverá considerável aumento de complexidade em tais análises e que seus resultados certamente não oferecerão a segurança e a total previsibilidade que durante muito tempo foi a pretensão das análises econômicas tradicionais. Assim como qualquer outra ciência social, os diagnósticos da economia são também parciais, provisórios e falíveis, devendo ser submetidos a escrutínios e testagens constantes.

Portanto, não há outra perspectiva para enfrentar o desafio da LINDB senão a de que as análises econômicas, qualitativas ou quantitativas, certamente não serão uma solução mágica, já que não poderão resolver, de forma fácil, simples e segura, a complexa estimação das consequências de decisões. A utilização delas requer conhecimento e capacidade crítica do jurista quanto aos seus pressupostos e alcance, bem como um especial cuidado quanto à estruturação do discurso consequencialista com os demais elementos do discurso jurídico, especialmente o principiológico e o finalístico.

É importante se ter em mente que a avaliação séria e comprometida das consequências de decisões não facilita nem simplifica o processo decisório. Pelo contrário, torna-o mais complexo e custoso, ainda mais caso se exija uma análise quantitativa.

Logo, diante dessas circunstâncias, há de se perquirir o grau e o rigor com que será exigido das autoridades julgadoras o cumprimento das novas previsões da LINDB. Se é certo que estudos mais aprofundados podem ser necessários para políticas públicas ou decisões de amplo alcance, tal tipo de exigência para toda e qualquer decisão, ainda que de efeitos meramente individuais, pode inviabilizar o processo decisório, ainda mais diante da crítica geral da morosidade do Judiciário e da Administração Pública e das crescentes demandas por soluções cada vez mais rápidas.

Certamente que um dos grandes desafios da introdução da análise de consequências na estruturação das decisões judiciais e administrativas será encontrar modulações quanto ao grau de rigor que se espera em cada caso, de acordo com as características dos interesses envolvidos, o alcance e a importância social e econômica da decisão e também o prazo que se requer das autoridades para a decisão, sob pena de submetê-las a ônus incontornável, o que certamente não é o propósito da LINDB.

Logo, as exigências de avaliação das consequências deverão ser feitas de forma razoável e individualizada, levando em conta as peculiaridades de cada tipo de decisão e autoridade, a fim de que se encontre o equilíbrio entre a celeridade, a segurança e a consistência que se espera das decisões judiciais e administrativas.

Em boa hora, sob o ponto de vista da exequibilidade da análise consequencial, veio o recentíssimo Decreto 9.830, de 10.06.2019, que regulamenta a LINDB, esclarecendo, em seu art. 3º, § 2º, que “Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente da sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.”

Dessa maneira, fica claro que não se exige necessariamente uma análise econômica, mas sim uma apreciação “prudencial”, com base no exercício diligente da competência decisória, sobre os efeitos práticos da decisão. Entretanto, subsiste o risco de “consequenciachismo” e o fundado receio de que, sem os devidos critérios, a análise consequencial não só não traga consistência e racionalidade ao discurso jurídico, como aumente ainda mais a insegurança jurídica.

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-parte-iii-12062019](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-parte-iii-12062019)

Publicado em 12/06/2019