

Princípios e Conseqüências: a teoria da escolha racional como critério de ponderação – Introdução ao problema.

Cristiano de Carvalho¹

Introdução. 1. Análise Econômica do Direito e Escolha Racional. 1.1. Escolha Racional. 1.2. Levando as conseqüências a sério. 2. Aplicações no Direito: a questão dos princípios. 2.1. Valores, escolhas e renúncias. 2.2. O que são “princípios”, afinal? 2.3. Escolha Racional, externalidades e critério de ponderação na colisão de princípios. Conclusão.

Introdução

O tema dos princípios é um dos mais em voga na doutrina jurídica pátria. De acordo com a nossa tradição de importar a produção da Europa Continental, muito se escreveu sob influência da doutrina alemã, fundamentalmente de índole filosófica.

Acredito, entretanto, que uma contribuição teórica muitíssimo mais rica, prática e bem-sucedida está a nossa disposição há muito tempo, mas que apenas recentemente foi apresentada ao Brasil. Trata-se da aplicação da Economia ao Direito, ou, mais simplesmente, Direito e Economia. A sua superioridade encontra-se no fato da Ciência Econômica ser, de longe, a ciência social com mais êxito até hoje. Seu caráter empírico e sua forte matematização a tornou uma ciência no mais puro sentido da palavra, pois é capaz de não apenas descrever acuradamente o seu objeto, como também prever, com razoável grau de precisão, o comportamento futuro desse mesmo objeto.

E qual objeto é esse? A escolha humana, ou seja, como os indivíduos escolhem agir em face de um mundo onde os recursos são escassos. Tal objeto é tão amplo que inclui, em

¹ Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-Doutor em Direito e Economia pela U.C. Berkeley. Professor nos cursos do IBET, PUC/COGEAE, IDP, UFRGS e Escola da Magistratura do Tribunal Federal da 4^o Região. Advogado no RS e em SP.

rigor, todo o espectro da realidade social, em nível intra e inter-subjetivo. Isso faz, conforme ensina Gary Becker², com a Economia seja mais um método do que uma Ciência com objeto delimitado, uma vez suas ferramentas podem ser aplicadas a todo tipo de comportamento humano³, regido por escolhas individuais.

Como o Direito prescreve condutas e (de)limita o raio dessas escolhas, ao mesmo tempo que essa própria produção normativa também é realizada por indivíduos que escolhem, e que os direitos em questão são escassos, nada mais apropriado que a Análise Econômica para descrever o fenômeno jurídico e prescrever como ele pode ser mais eficiente.

Isso se aplica de forma ainda mais dramática quando a escolha deve ser feita de forma a solucionar casos difíceis, onde há lacunas normativas ou a possibilidade de mais de um princípio ser aplicado ao mesmo caso. Para tanto, ferramentas precisas e preditivas da Economia são mais do que bem-vindas ao Direito.

O que pretendo, com este breve artigo, é, em vez de trazer uma solução propriamente dita, dar início a um debate. Entendo que as análises de externalidades, de *trade offs*, custos de oportunidade, dentre outras categorias econômicas, devem ser levadas em conta pelos operadores do direito, principalmente pelos juizes, que fecham o sistema jurídico através de suas decisões.

1. Análise Econômica do Direito e Escolha Racional

A Escola jurídica comumente denominada “Direito e Economia” (*Law and Economics*) ou “Análise Econômica do Direito” é tida como o movimento teórico mais bem-sucedido das últimas décadas. Com seu enfoque interdisciplinar entre Ciência Jurídica e Ciência Econômica, a Análise Econômica conquistou posição praticamente hegemônica nos Estados Unidos da América, a partir da década de setenta do século passado. O mesmo fenômeno vem ocorrendo na Europa continental, através da criação, na década de oitenta,

² *The Economic Approach to Human Behaviour*, The University of Chicago Press, 2001, p. 5.

³ Daí a interdisciplinaridade da Economia, o que permite aplicações na Psicologia, na Sociologia e também no Direito.

da European Association of Law and Economics, bem como da instituição de diversos cursos nas universidades européias, além de inúmeras publicações, entre livros e artigos, abordando o tema.

No Brasil, o movimento chegou recentemente, começando pelo Rio Grande do Sul, na década de noventa e tendo depois alastrado-se para demais estados, tais como São Paulo, Minas Gerais, dentre outros.

As premissas básicas da Análise Econômica do Direito são: 1) Indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como dizem os economistas, maximizar a sua *utilidade*. *E, para tanto, reagem a incentivos*. 2) Essas escolhas, sejam as realizadas por criminosos, pagadores de impostos, legisladores ou juízes, *acarretam conseqüências*.

1.1. Escolha Racional.

Para que uma escolha seja racional, do ponto de vista econômico, é necessário que ela contenha as seguintes características: 1) seja completa, o que significa que o indivíduo deve ser capaz de elencar a sua preferência em face de suas alternativas. Por exemplo, deve ser capaz de dizer que prefere A a B; 2) seja transitiva, isto é, se o indivíduo é capaz de perceber que se prefere A a B, e B a C, então necessariamente prefere A a C: ($A > B > C \rightarrow A > C$).

Nesse sentido, o método econômico aplicado ao comportamento humano implica que os indivíduos normalmente agem de forma racional, buscando melhorar o seu bem-estar e avaliando as suas escolhas através de uma avaliação custo/benefício. Cabe não incorrer na confusão freqüente entre escolha racional e escolha acertada ou correta. Fazer escolhas racionais não implica, de forma alguma, que, aos olhos dos demais, a alternativa optada pelo sujeito seja a melhor para si ou para outros.

Como exemplo, temos a situação de um sujeito que, imaginando que será torturado e morto pelo exército inimigo, prefere tirar a própria vida antes disso. Ironicamente, um minuto depois, os seus companheiros de farda chegam para resgatá-lo, infelizmente tarde demais. Alguns poderiam pensar que a escolha do pobre soldado foi precipitada e equivocada. Ocorre que, *dada as circunstâncias e a informação que o mesmo tinha da situação em que se encontrava* a sua análise custo/benefício lhe indicou que o seu ganho seria maior se ele se suicidasse do que se caísse nas mãos dos seus inimigos.

A concepção de racionalidade aqui exposta não busca defender qualquer ponto de vista ideológico, pois não é uma visão normativa do ser-humano, mas positiva. *Em outras palavras, a Teoria da Escolha Racional não pretende prescrever como o homem deve se comportar, mas sim como ele, de fato, se comporta.*

Como não poderia deixar de ocorrer com qualquer teoria, a Escolha Racional tem a sua porção de críticos. Dentre as críticas mais usuais, provenientes de grandes pensadores como, p.ex, John Searle⁴ e Amartya Sen⁵, encontram-se as que defendem uma visão menos reducionista da racionalidade, que inclua conceitos morais, tais como obrigações, proibições e deveres⁶.

Seja como for, o fato é que a ponderação custo/benefício é uma propriedade ínsita de todo indivíduo racional. Tal raciocínio funciona como um mecanismo regulador, certamente desenvolvido ao decorrer de milênios de evolução, que tem a função de adaptar o indivíduo da melhor forma possível ao seu meio.

1.2. Levando as conseqüências a sério

⁴ *Rationality in Action*, MIT Press, 2001.

⁵ *Rationality and Freedom*, Harvard University Press, 2002.

⁶ A maior parte das críticas e revisionismos em relação à Escolha Racional provém atualmente da própria Escola da Análise Econômica do Direito. Como exemplo, os crescentes estudos interdisciplinares entre Psicologia e Economia, que levam o nome de *Heurística*, cujo tema de análise são as avaliações que sofrem influências que incorrem em parcialidades muitas vezes não percebidas de forma consciente pelo indivíduo, mas que influem nas suas escolhas. Como sugestão de leitura, ver o livro *Heuristics and the Law* (MIT Press, 2006, coordenado por Gerd Gigerenzer e Christoph Engel).

Qualquer ação tomada pelo indivíduo requer, como condição necessária, uma escolha dentre as alternativas que lhe cabiam no momento, de acordo com a quantidade de informação de que ele dispunha. Essa escolha que motivou a ação acarretará, inevitavelmente, toda uma miríade de novas alternativas de ações a serem tomadas. Da mesma forma que no jogo de xadrez cada jogada abre toda uma nova gama de possíveis estratégias, assim também acontece com em nossa vida, desde as situações mais comezinhas até as mais relevantes.

Todavia, muitas vezes, as conseqüências afetam não apenas quem tomou as decisões, mas também a terceiros. São as *externalidades*, que podem ser tanto positivas quanto negativas. Por exemplo, sei que se eu optar por levar uma vida desregrada, comendo e bebendo de forma não saudável, mais cedo ou mais tarde a conseqüência será a perda da minha saúde. Em tese, esse é um problema que compete apenas a mim, encontra-se dentro da minha esfera de livre-escolha de como levar a minha própria vida do jeito que bem entendo. Contudo, se os meus problemas de saúde acarretaram custos para alguns terceiros (família) ou para todos (Estado), estarei gerando externalidades negativas.⁷

Por outro lado, as externalidades geradas para terceiros podem ser também positivas. Por exemplo, a implantação de obras públicas podem acarretar valorização nos imóveis dos contribuintes. Essa externalidade pode ser internalizada pelo Estado, ao instituir a Contribuição de Melhoria, que será cobrada na medida dessa valorização. O problema é que nem sempre essa externalidade pode ser internalizada, gerando o problema do *free rider*.

Externalidades positivas e *free riders* são, na Economia, usualmente associados à problemática dos bens públicos. Cabe salientar que a concepção econômica de bem-público não se confunde com a definição jurídica usualmente atribuída à mesma expressão. No Direito, bem-público costuma ser aquele que é de propriedade do Estado, como, por exemplo, hospitais, bibliotecas e escolas públicas. Para a Economia, no

⁷ O exemplo de externalidade negativa mais citado na literatura especializada é o da fábrica poluidora, cujo custo gerado a terceiros (poluição) que não fazem parte da relação fábrica e cliente não é internalizado nos custos da fábrica.

entanto, um bem é público quando reúne duas características: 1) uso não-rival; e 2) não-exclusividade.

Uso não-rival significa que o fato de um fruir do bem não impede que o outro possa fruir também. Exemplificando, o fato de eu tomar sol na praia não impede que outros possam fazê-lo da mesma forma, ou seja, o meu uso do sol não reduz o uso dos outros (logo, o bem não é escasso).

Não-exclusividade significa que não há como excluir terceiros do uso do mesmo bem, ou então o custo para possibilitar essa exclusão é tão alto que nenhuma empresa privada desejará produzi-lo.⁸ Se respiro o ar a minha volta, não posso impedir que outros também respirem. O contrário, por óbvio, ocorre nos bens privados, onde o proprietário tem condições de impedir o uso de seu bem por outras pessoas.

A externalidade positiva, ao contrário do que o senso-comum possa pensar, também acarreta problemas, pois não gera incentivos para que aquele bem possa ser produzido ou explorado de forma eficiente.

Exemplificando, temos a situação na qual determinada rua residencial vem sofrendo constantes roubos e assaltos. Os moradores resolvem se reunir para, em conjunto, contratar uma empresa de segurança privada. Um deles, que sofreu mais assaltos, consulta uma empresa de segurança e informa aos vizinhos o custo que sairá para cada um da contratação do serviço. Os vizinhos desistem da contratação por achar que o serviço é caro demais. Contudo, o morador vítima de assalto contrata os serviços e coloca o segurança apenas em frente a sua residência.

A presença do segurança acaba inibindo as atividades criminosas em toda a rua. Apesar de apenas um dos moradores estar arcando com o custo, todos os demais se beneficiam. São, portanto, *free-riders*. Nessa situação específica, a necessidade impôs ao morador que arcasse com todos os custos, mas em diversas outras situações em que não ocorresse tal

⁸ Cf. Robert D. Cooter e Thomas Uellen, *Law and Economics*, Addison Wesley, 2ª ed., p. 40.

necessidade, também não haveria incentivos para que se criasse um bem ou serviço que agregasse *free-riders* ao seu uso.⁹ É por isso que, nesses casos, esses bens públicos devem ser implementados e explorados pelo Estado. Todo o resto, mesmo aquilo que juridicamente é definido como bem-público, mas que permite o uso-rival e a exclusividade, deve ser explorado pela iniciativa privada, que o fará de forma mais eficiente.

2. Aplicações no Direito: a questão dos princípios

2.1. Valores, escolhas e renúncias

O Homem age no mundo. Para agir, o seu aparato de adaptação ao ambiente, adquirido através de milênios de evolução, é a razão, entendida como a capacidade humana de processar e conceitualizar abstratamente os dados advindos da realidade.

A razão permite que o indivíduo possa efetuar escolhas consistentes, conforme visto acima. Entretanto, como diz o aforisma, *para cada escolha, uma renúncia*. Sempre que o indivíduo opta por uma alternativa, exclui as demais. O termo econômico para essa escolha/renúncia é *trade off*, uma troca que implicará também num *custo de oportunidade*.

O custo de oportunidade, por sua vez, é o custo em que incorre o indivíduo por deixar de ter escolhido a segunda melhor alternativa. Por exemplo, se João tem a alternativa de estudar no exterior ou continuar no seu emprego, ao optar por estudar, o seu custo de oportunidade serão os salários que deixará de ganhar por não estar trabalhando.

⁹ É por isso que em diversas situações existem monopólios necessários, conferidos e protegidos pelo Estado. É o caso das patentes e dos direitos autorais. Como idéias se disseminam rapidamente, a criação de algo por alguém poderia agregar *free-riders*, uma vez que, ao contrário de uma propriedade tangível, que pode ser guardada fisicamente pelo seu proprietário (seja um bem-móvel, seja um bem imóvel), não se pode guardar uma idéia no cofre. No que ela é disseminada, pode vir a ser explorada por outros. A chamada propriedade intelectual serve como mecanismo de preservação de incentivos para a criatividade e produção de idéias, de forma a evitar que invenções e criações intelectuais tornem-se bens públicos.

As escolhas efetuadas pelo agente racional são baseadas em preferências pessoais, sendo que essas preferências, por sua vez, são elencadas com base nos valores de cada indivíduo. Se João opta por estudar no exterior, é por que essa opção lhe tem mais *utilidade*, i.e., ele *valora* mais a sua formação pessoal do que o emprego presente.

Não se pode olvidar que o indivíduo racional, ao escolher uma alternativa de ação, não está isolado da realidade, não se encontra em estado de suspensão do mundo. Essas escolhas são influenciadas pelos incentivos que se apresentam para cada uma delas. Se João prefere estudar fora é por que essa opção foi (mas não unicamente) tomada por influência de incentivos, que podem ser, v.g., expectativa de ascensão profissional, de aceitação num determinado grupo, de aperfeiçoamento cultural ou mesmo de satisfação do próprio ego.

Cabe dizer que, não obstante algumas propostas teóricas tais como a Teoria dos Sistemas erigirem modelos nos quais o sistema social é subdividido em subsistemas, tais como o jurídico, o científico, o religioso, o mercado, etc, o fato é que isso nada mais é do que uma ficção heurística.¹⁰ O sujeito pode ser cientista, operador do direito ou investidor na bolsa, ou todas as opções conjuntas, e, ainda assim, raciocinará da mesma forma: através da escolha racional e da análise custo/benefício. E reagirá aos incentivos como qualquer outro indivíduo.

Quando transpomos a questão da escolha individual para o Direito, percebemos que o aplicador das normas nada mais faz que efetuar uma escolha racional. É evidente que o seu leque de escolhas está delimitado pelo próprio Sistema Jurídico: o juiz deve julgar de acordo com a lei; o fiscal tem que agir dentro dos limites legais; os contratantes não podem contratar fora dos ditames do Código Civil. Ainda assim, o aplicador/operador do direito não é um autômato, mas sim um ser racional, que escolhe, seja entre aplicar uma

¹⁰ A Ciência freqüentemente se utiliza de ficções heurísticas, que são construções dissociadas da realidade, mas que têm a função de explicar determinada porção do real. Os custos de transação “zero” de Ronald Coase, no seminal artigo “The Problem of Social Cost”(Journal of Law and Economics, 1960) é um exemplo.

ou outra norma, seja entre aplicar ou não aplicar nada, ou seja até mesmo em cumprir ou violar as normas a que ele também está sujeito.¹¹

2.2. O que são “princípios”, afinal?

A onda dos “princípios” tomou de assalto a doutrina pátria. É “postulado” para cá, “princípio” para lá, “ponderação” aqui, “colisão” acolá. Tal epidemia lembra a praga dos coelhos na Austrália¹², algo que nasceu desprezível, mas cuja reprodução exponencial gerou uma verdadeira catástrofe nacional. Trata-se da “farra principiológica”, na feliz expressão cunhada por Ronaldo Porto Macedo¹³, pela qual se acha que todo e qualquer problema jurídico pode ser solucionado através de um passe de mágica, como se princípios fossem coelhos tirados da cartola.

O fato é que invocar princípios deveria ser a exceção e não a norma geral. O ordenamento jurídico é formado, na maior parte, por regras de razoável clareza. Regras de direito privado e de direito penal têm um forte grau de objetividade. Entretanto, quando a situação fática não se enquadra em nenhuma das previsões normativas ou então mais de uma regra pode ser aplicada à mesma situação, problemas surgem. São os chamados, pela doutrina americana, de *hard cases*, *i.e.*, aqueles casos onde uma mera subsunção do fato à regra não é suficiente para resolver o problema. Nessas situações, para que o sistema jurídico retorne ao equilíbrio, o juiz necessita de um grau maior de “criatividade” e, num certo sentido, cria novo Direito.

Sequer cabe falar em conflito entre princípios e regras, pois havendo regras legais para o caso concreto, elas sempre deverão prevalecer dada a sua objetividade e também pelo

¹¹ Um fiscal, cuja atividade seja vinculada, pode ter incentivos a não aplicar a lei. Esse incentivo pode ser meramente ilegal, mas com conteúdo moral positivo para ele (v.g., não autuar um contribuinte em dificuldades financeiras) ou ilegal com conteúdo moral negativo (v.g., receber propina para não multar o particular).

¹² Ainda no Século XIX, ingleses resolveram levar coelhos para a Austrália. A reprodução descontrolada e imprevista dos animais gerou enormes problemas, principalmente para os fazendeiros, que viam suas lavouras serem devastadas pelo ataque dos coelhos.

¹³ Introdução a segunda edição do livro *Direito da Empresa e Contratos*, Thomson/IOB, 2ª Edição, Coordenação de Luciano Benetti Timm.

fato de terem sido criadas por um poder cujos representantes (ao contrário do Judiciário) são eleitos popularmente. Cabe dizer que a prevalência das regras legais atende à própria regra constitucional da legalidade bem como também ao valor fundamental que está por detrás desta, o do Estado Democrático de Direito.

Mas, e o que são princípios, afinal? Sabemos, desde Austin, Kelsen e Hart, que o Direito é formado por comandos cuja coercitividade se dá através das sanções. Em outras palavras, os elementos do direito são regras que obrigam, proíbem e permitem, cujo elemento coercitivo se dá através das sanções (estas também regras, ou, como querem alguns, pertencentes à própria estrutura lógica da regra dispositiva, que impõe primeiramente a conduta a ser tomada), cuja aplicação se dá através do Estado, detentor do monopólio de uso da força.

Mas não é apenas isso. Regras que impõem condutas são meios que o Direito tem para implementar certos fins. Seja esse fim meramente a estabilização da ordem social (polícia, repressão ao crime, execução de contratos, proteção aos direitos individuais, preservação da ordem pública, etc.), seja um programa definido (v.g., políticas públicas), o meio para se alcançá-los é impô-los através da coercitividade estatal. Mesmo no que tange a direitos e garantias pertencentes à esfera privada do indivíduo, tais como, por exemplo, o direito de propriedade ou o direito à livre expressão, o Estado se faz necessário para, quando preciso, fazer valerem esses direitos individuais.

Ocorre que às vezes ou não há regra prevista para o caso, ou as regras conflitam entre si ou ainda, são postas no sistema contrariando a Constituição ou diploma infraconstitucional de hierarquia superior. Aí entram em cena os princípios.¹⁴

Os chamados princípios são enunciados, explícitos ou implícitos, que buscam traduzir em linguagem normativa valores morais, políticos e sociais que o legislador constituinte entendeu ser o núcleo duro do sistema jurídico. Referem-se tanto a direitos e garantias

¹⁴ Por amor ao critério aristotélico de definição, qual seja, gênero próximo e diferença específica, tanto os princípios quanto as regras tem como gênero próximo a norma jurídica, sendo esta, portanto, o elemento universal do sistema jurídico.

fundamentais, principalmente os de natureza negativa (artigo 5^o da Constituição), como a expedientes de solução de lacunas e antinomias jurídicas.

Na dinâmica normativa, de autoconstrução constante do sistema por seus operadores, os princípios são também *argumentos*. Como argumentos, são utilizados tanto pelas partes num litígio, quanto pelo seu julgador. Na solução de *hard cases*, os princípios funcionam como válvula de escape do ordenamento jurídico, pois permite que se possa solucionar um caso concreto que carece de regra, sem que se instaure uma crise sistêmica.

2.3. Escolha Racional, externalidades e critério de ponderação na colisão de princípios

Como mencionamos linhas acima, há situações onde as regras não dão conta do serviço. E, para piorar ainda mais, os princípios também não oferecem saída objetiva. Imagine um caso fictício, onde determinado sujeito, pessoa pública (ex. apresentadora de tevê) tem a sua intimidade revelada pelos meios de comunicação. Considere que não há regra prevista para tal situação específica, logo, há uma lacuna normativa. A apresentadora processa o veículo de comunicação, por danos à sua imagem. Como deve o juiz decidir?

Dois princípios parecem entrar em “colisão”, no presente caso. O direito fundamental da privacidade e o direito fundamental à livre expressão (do qual a livre imprensa é corolária).

Como decidir? Os critérios de solução costumam ser bastante retóricos, apoiados em noções ordem moral por vezes indefinidas e ambíguas. Por que não aplicar um pouco de escolha racional e análise econômica?

É importante ressaltar que o consequencialismo não deve ser a única questão a ser levada em conta. O juiz pode ser um kantiano, i.e., alguém que prefere a Deontologia do que o Consequencialismo, mas o que se pede é que ao menos as consequências também sejam tomadas em consideração, especialmente se a decisão tiver o efeito de atingir terceiros

que não integram a lide. Como isso acontece frequentemente, as conseqüências sempre deveriam ser levadas a sério por aqueles que têm o poder de decidir no sistema jurídico.

No caso fictício mencionado, o julgador deve levar em consideração: 1) haverá externalidades negativas se a sua decisão proteger o direito à privacidade da apresentadora? Ou as externalidades serão positivas? 2) essas externalidades acarretarão quais possíveis conseqüências?

Aplicando a teoria econômica dos bens públicos aos direitos e garantias fundamentais, podemos perceber que a mera irradiação *erga omnes* destes para todos os cidadãos os torna bens públicos. Não posso impedir que o sujeito ao lado também, *a priori*, tenha a sua liberdade de expressão protegida pela Constituição, nem tampouco a sua liberdade de expressão excluirá a minha.

Entretanto, quando interesses conflitam, a aplicação efetiva desses direitos fundamentais pelo julgador os converte em bens privados. Há um *trade off* aqui: se o julgador conceder o direito de privacidade à apresentadora, excluirá a liberdade de expressão (para o presente caso, é bom lembrar) do veículo de comunicação. Por outro lado, se proteger a liberdade de expressão deste, excluirá a apresentadora do uso do seu direito à privacidade.¹⁵

Havendo externalidades, positivas ou negativas, o juiz deve avaliar o impacto que elas acarretarão. O argumento de que o que interessa é apenas a decisão justa entre as partes é falacioso, pois, se terceiros são atingidos pela decisão, o caso não é mais apenas entre “as partes”. Por exemplo, se a decisão pelo juiz condenar pesadamente o veículo de comunicação, no exemplo acima, o efeito poderá ser uma elevação do “custo” avaliado pela mídia em colher e transmitir esse tipo de informação, privando os consumidores desse bem tão precioso. Por outro lado, se a decisão for absolver o veículo, o efeito

¹⁵ Alguns podem argumentar, dependendo da sua opinião, que ou o veículo nunca teve liberdade de expressão, ou a apresentadora nunca teve direito à privacidade, naquele caso concreto. Isso em nada muda o argumento econômico acima exposto. Quem decidirá será o julgador que excluirá o uso de tal direito (existisse ele *a priori* ou não) de um ou de outro, e o *trade off* permanece.

poderá ser uma “carta branca” para que a imprensa possa invadir a privacidade de qualquer um, pois o custo para tanto é baixo.

Uma observação é importante para evitar equívocos e mal-entendidos. Avaliação de conseqüências não configura uma espécie de inversão de valores, mas tão-somente tem a capacidade de tornar as decisões jurídicas mais eficientes. Se o que o juiz pretende é punir o veículo de comunicação, deve fazê-lo de forma que o efeito de barreira (*deterrence*) de fato ocorra.¹⁶ Se condená-lo a pagar uma baixa quantia a título de indenização, essa condenação será vista como um preço baixo para tais ações por parte do infrator, que terá, portanto, um incentivo para continuar cometendo-as. Em outras palavras, para se realizar a justiça no caso concreto, as conseqüências devem consideradas.

Conclusão.

Como se pode ver acima, a avaliação de conseqüências através de externalidades, que deve influenciar a escolha por uma ou por outra alternativa, não é um critério de índole parcial. Não serve para “atender a interesses de poderosos” ou para “proteger os mais fracos”. Dependendo de especificidades do caso concreto, tanto uma quanto outra decisão pode ser a mais eficiente no que tange às conseqüências acarretadas.

Em síntese, o que importa é tornar o Direito mais eficiente, para que possa então alcançar os seus fins de justiça. E, para tanto, a escolha racional é um potente instrumento na consecução desses valores tão importantes quanto difíceis de implementar.

¹⁶ No Brasil as condenações por dano moral são relativamente baixas, o que gera poucas barreiras ao cometimento de novas infrações. Se o infrator condenado considera baixa a condenação e para ele tem mais utilidade continuar cometendo-a (afinal, ele é um agente racional), o mero pagamento de danos morais não impedirá reincidências. Logo, se a intenção é impedir a ocorrência de danos morais, a regra contida na decisão do juiz não tem eficiência.