

Consequencialismo no processo decisório em tempos de crise sanitária – teoria dos jogos e as ações regulatórias no combate à Covid-19

Júlio César Werneck Martins¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o consequencialismo no processo decisório da Administração Pública no Brasil. Com as alterações provocadas na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hoje conhecida como LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a fundamentação técnica no processo decisório deixou de ser uma exigência formal voltada à função jurisdicional mas também passou a ser um requisito de validade para as atividades da gestão pública. Nesse processo de fundamentação, a teoria dos jogos pode ser uma ferramenta de alta relevância para o auxílio e fundamentação nas tomadas de decisões, principalmente quando o gestor se encontrar diante de cenários de alta complexidade como a atuação no combate à uma pandemia como a presente COVID-19. Não são mais admitidas fundamentações genéricas, meras afirmações de “busca do bem estar coletivo” ou “interesse social”, sendo necessária a demonstração das consequências das decisões e a forma de implementação das ações públicas.

Palavras-chave: Consequencialismo; Fundamentação Decisória; Teoria dos Jogos; Responsabilidade do Estado.

Abstract

The present work aims to analyze the consequentialism in the decision-making process of public administration in Brazil. With the changes caused in the old Law of Introduction to the Civil Code, now known as LINDB – Law of Introduction to The Rules of Brazilian Law, the technical basis in the decision-making process ceased to be a formal requirement focused on the judicial function but also became a requirement of validity for the activities of public management. In this process of foundation, game theory can be a tool of high relevance for the aid and foundation in decision making, especially when the manager is faced with scenarios of high complexity such as the action in the fight against a pandemic such as the present COVID-19. Generic foundations, mere statements of "pursuit of collective well-being" or "social interest" are no longer accepted, and it is necessary to demonstrate the consequences of decisions and how to implement public actions.

Keywords: Consequentialism; Decision-Making Statement; Game Theory; State Responsibility.

¹ Doutorando em Direito pela UVA/RJ, Mestre em Direito pela UCAM, Advogado da União.

INTRODUÇÃO

Ao longo de nossas vidas tomamos decisões diariamente. Algumas são simples, triviais como o que comer no café da manhã, ou qual camisa vestir para ir ao trabalho. Outras são bastante complexas e suas consequências afetam desde outras pessoas ao nosso redor ou podem provocar efeitos por longos períodos.

Que carreira profissional seguiremos, onde morar, casamento, quantos filhos ter ou não ter. Podemos enumerar uma infinidade de decisões que temos que administrar em nossas vidas particulares, sendo que muitas delas afetam terceiros, como nossa família, vizinhos e amigos. Ao ocupar um cargo público, especialmente uma posição de gestão, a capacidade de causar efeitos nas vidas de muitas pessoas por longos períodos de tempo cresce de forma exponencial.

O processo decisório depende de nosso conhecimento sobre as circunstâncias envolvidas. Quanto mais informações temos, mais consciente e, em tese, com maior qualidade uma decisão é adotada, mas em diversas ocasiões decisões precisam ser tomadas em espaço muito curto de tempo ou sem o devido conhecimento técnico acerca das circunstâncias presentes e principalmente as consequências imediatas e futuras das ações implementadas ou deixadas de implementar. A essa preocupação com os efeitos de uma decisão damos o nome de consequencialismo.

O presente trabalho tem como objeto uma breve análise sobre o processo decisório da administração pública, especialmente no tocante aos órgãos responsáveis pela administração da saúde pública durante o processo de enfrentamento da pandemia. A lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, conhecida como LINDB, antiga lei de introdução do código civil, dec-lei 4.657/42, com a alteração trazida pela lei 13.655/2018, oficialmente introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do consequencialismo nos processos decisórios, seja na esfera judicial ou na administrativa². Conforme o texto legal, não basta à autoridade justificar suas ações em conceitos genéricos como “felicidade geral”, “bem estar coletivo” ou até mesmo um exposto fundamento da República como a dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, III da CRFB.

Em se tratando especificamente de medidas de combate à COVID19, arguir de forma genérica que uma determinada ação está sendo adotada para “reduzir o contágio” ou “prevenir o agravamento da pandemia”, não se mostra suficiente para atender à exigência normativa já destacada. O consequencialismo demanda, como o próprio termo induz, a demonstração das consequências das decisões. Se uma ação é adotada para reduzir o contágio, como esses resultados serão efetivamente alcançados passa a ser uma condição para a própria validade da medida. Assim, um prefeito, governador ou presidente, ao determinar a restrição à circulação

² Dec-Lei 4.657/42, Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

de pessoas, fechamento de atividades econômicas, exigência de uso de máscaras ou proibição de aglomerações, por exemplo, deverá explicitar como essas medidas serão efetivas, explicitando não se tratar de meros “achismos”, mas sim de uma atitude estudada e comprovadamente eficiente.

Pesar os efeitos ou consequências de decisões no direito brasileiro não é nenhuma novidade. A lei 6.938/81, em seu artigo 9º, III, já instituiu norma de natureza consequencialista ao criar a avaliação de impactos ambientais como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Com a regulamentação desta surgiu no Brasil o Estudo de Impacto Ambiental como requisito ao licenciamento de atividades potencialmente poluidoras, impondo o consequencialismo oficialmente como parte do processo decisório administrativo.

Com a LINDB, esse requisito passou a integrar o processo decisório de forma generalizada. Não se trata de meramente justificar ou fundamentar uma decisão administrativa em um suposto “interesse público”, mas sim atuar de forma mais consciente, embasando o processo decisório em um olhar para o futuro, alicerçado em estudos técnicos que permitam compreender o real alcance de uma decisão Estatal da forma mais completa possível.

A teoria dos jogos trata exatamente da análise do processo decisório, onde os agentes envolvidos avaliam as possibilidades e as consequências de cada escolha possível, auxiliando na tomada da decisão que proporcione as melhores “recompensas”, entendendo por recompensa os efeitos mais vantajosos ou benéficos em cada situação.

TOMADA DE DECISÕES

O Direito constitui-se, de forma bastante resumida, de um conjunto de regras voltadas à normatização do comportamento das pessoas em sociedade. Ao lidarmos com o chamado Direito Público tradicional, imediatamente vem à tona o princípio da legalidade insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição³. Por meio deste princípio, a doutrina tradicional contida em qualquer manual ou curso de Direito Administrativo disporá, essencialmente, que os representantes do poder público somente podem agir dentro dos limites da lei e conforme seu conteúdo.

...pelo princípio da legalidade o Estado se *autolimita*, o que caracterizou o surgimento histórico do *Estado de Direito*, em oposição ao *Estado Absolutista*, em que primava a vontade do soberano, concepção atribuída a Robert von Mohl, em obra de 1835 sobre o “império da lei”. Portanto, por definição, um Estado *que se submete às suas próprias leis*, daí a consagrada expressão de Léon Duguit, “suporta a lei que fizeste” (*legem patere quam fecisti*), enunciando em síntese este princípio, uma vez que, declarando o Direito ao *positivá-lo*, o Estado exerce sua *autocontenção*, assegurando à sociedade – que o criou e o mantém, para organizá-la e dirigi-la – a preciosa dádiva da *certeza*

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

jurídica. Como consequência, este princípio obriga o Estado como administrador dos interesses da sociedade, a agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*. Com relação aos administrados, o *princípio da legalidade* os protege pela instituição da referida *reserva legal* absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de *só agir quando exista uma lei que a isso o determine*, tal como expresso no referido art. 5.º, II, da Constituição.⁴

Tem-se diante do exposto que, via de regra, as autoridades públicas somente podem atuar conforme autorização prévia e dentro dos parâmetros definidos de objeto e formalidades instituídas no ordenamento jurídico. Temos assim um sistema formado essencialmente sob uma espécie de tentativa de prever o futuro, antecipando o que pode vir a acontecer e definindo os limites da atuação pública, positivando quando e como poderá o Estado agir para “atacar” qualquer problema que possa surgir.

O raciocínio jurídico considerado tradicional, no sentido daquele que costuma ser forjado por meio de métodos e teorias normativas da tomada de decisão no direito, é predominantemente orientado para o passado. Ainda que a existência de uma maneira tipicamente jurídica de pensar seja uma hipótese controvertida, referenciais de justificação como regras mandatórias, precedentes competências e o trabalho dogmático parecem desempenhar um papel preponderante quando se pensa na fundamentação de processos argumentativos preocupados com a decisão judicial (Schauer, 2009:5). O que há de comum em torno de todos esses parâmetros normativos de decisão é o fato de eles obrigarem advogados, tomadores de decisão e acadêmicos críticos a pensarem retrospectivamente quando estão diante de problemas concretos, ou seja, a buscarem algum elemento jurídico autoritativo preexistente à tomada de decisão para justificar a imposição de cursos de ação definidos no momento presente em que o caso é enfrentado.⁵

A pandemia de Covid-19 trouxe um gigantesco desafio aos gestores públicos e judiciário, forçando essas autoridades a tomar decisões para enfrentamento a uma situação totalmente nova, sem a existência de ferramentas pré-concebidas para uma atuação eficiente. Como atuar com eficiência e de forma fundamentada diante de um problema totalmente inédito? Como justificar tecnicamente uma decisão ou curso de ação pública quando o próprio problema é desconhecido até mesmo pela ciência?

São conhecidas as diferenças entre os sistemas jurídicos anglo-saxão da *common law*, mais flexível bem mais adaptável a novas realidades e o sistema romano-germânico positivista que possui, em tese, mais clareza e previsibilidade, no entanto leva ampla desvantagem no tocante à situações novas. A ausência de uma lei prévia viabilizando uma determinada atuação pública, mesmo sendo a mesma necessária, demanda providências do poder legislativo, o que pode se tornar um enorme entrave dependendo do momento político.

⁴ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 16ª Ed. 2014, p. 150.

⁵ LEAL, Fernando. Consequencialismo, Racionalidade e Decisão Jurídica: O que a Teoria da Decisão e a Teoria dos Jogos Podem Oferecer? Direito e economia: diálogos / Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2019. Edição Kindle, Pos. 1857.

Um bom exemplo de necessidade de atualização legislativa para a atuação no combate à pandemia foi a edição da lei 14.125/21⁶, publicada no dia 10/03/2021. Por meio desta lei foi viabilizada a aquisição das vacinas de fabricantes que exigiam, do Estado Brasileiro, a assunção de responsabilidade civil por eventuais danos que viessem a ser causados pelas vacinas a serem adquiridas e aplicadas, como o caso da fabricante Pfizer⁷. A lei geral de licitações então em vigor, lei 8.666/93, não permitia que tal isenção de responsabilidade fosse concedida, dentre outras exigências constantes do contrato, questão que foi superada pela atuação do poder legislativo.

A partir deste engessamento decisório, uma vez que a atuação do poder público brasileiro se encontra limitado pelo princípio da legalidade, vemos o surgimento de correntes que defendem o chamado pragmatismo jurídico, em uma atuação voltada mais aos resultados do que uma obediência cega a trâmites burocráticos.

Ao destacar a relevância das consequências da decisão estatal, o pragmatismo jurídico abre espaço para procedimentos administrativos capazes de coletar informações necessárias à ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos nos possíveis caminhos regulatórios em diversos setores da economia, viabilizando, em tese, a adoção de melhores decisões estatais.⁸

O consequentialismo e o pragmatismo não podem e não devem ser confundidos com qualquer espécie de doutrina que defenda a desobediência às normas vigentes ou ao próprio princípio da legalidade administrativa. Em uma primeira leitura pode parecer que parte da doutrina esteja defendendo a inobservância às normas atinentes à atuação da administração pública em nome de melhores resultados, mas esse não é o teor da discussão. A esse respeito vale trazer novamente trecho do trabalho de Rafael Oliveira que assim expôs:

Mencione-se, ainda, a relevância do contextualismo, outra característica do pragmatismo jurídico, no art. 22 da LINDB que dispõe sobre a necessidade de considerar, na interpretação das normas sobre gestão pública, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”⁹

O consequentialismo deve ser visto não como uma ideia rebelde, uma tentativa de atuação em contrariedade às normas, pelo contrário. A alteração legislativa da LINDB complementa as exigências legais, impondo uma forma de atuação nas tomadas de decisões demandando maior fundamentação. Não basta ao gestor público afirmar que suas decisões visam “o bem estar coletivo” ou o “interesse social” ou qualquer outra expressão de efeito e conteúdo totalmente vazio. Cabe ao gestor público demonstrar, por exemplo, que a privação de um determinado direito como, por exemplo, o exercício de uma atividade econômica ou a livre

⁶<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/11/lei-abre-caminho-para-compra-de-vacinas-que-requerem-responsabilizacao-civil>

⁷ <https://veja.abril.com.br/saude/o-que-esta-travando-o-acordo-da-pfizer-com-o-brasil/>

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério. *Quaestio Iuris*, vol. 14, nº. 01: Rio de Janeiro, 2021, p. 465.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério. *Quaestio Iuris*, vol. 14, nº. 01: Rio de Janeiro, 2021, p. 468.

circulação de pessoas, usando o caso da pandemia como pano de fundo, trará, efetivamente, resultados positivos para a sociedade.

O art. 20 da LINDB demonstra nítida preocupação antifundacionalista e consequencialista ao estabelecer a impossibilidade de decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.¹⁰

Assim, o ordenamento jurídico passa a exigir uma nova formalidade, a demonstração das consequências de uma decisão como condição de validade da mesma. Sem a devida justificativa, comprovando que o gestor público efetivamente estudou o assunto sobre o qual vai atuar, podemos estar diante de uma atuação incompleta, cujas consequências podem ir desde a mera nulidade da decisão até a responsabilização do agente competente por uma ação não só impensada, mas também prejudicial à um número impensado de pessoas.

O consequencialismo instituído formalmente pela LINDB demanda dos agentes jurídicos uma atuação técnica, estudada e, por fim, fundamentada. Discute-se na doutrina acerca das teorias da decisão. Qual o caminho a seguir para a melhor decisão, para o atuar mais eficiente?

“teoria da decisão” envolve um conjunto de saberes mais amplos que, ainda que não se dirijam exclusivamente ao raciocínio jurídico, podem ser apropriados por teorias jurídicas preocupadas em conhecer como os juízes decidem e/ou determinar como deveriam decidir, na medida em que o tema envolve tomada de decisão de agentes pretensa e desejavelmente racionais.¹¹

Como um juiz ou gestor público deve atuar na busca pelos melhores fundamentos para a tomada de uma decisão? Conforme já exposto, todo o sistema é voltado para o passado. Regras pré-estabelecidas, formas definidas e limites de atuação impostos traçam a área de atuação. Como devem as autoridades agir diante de situações que demandam não uma correção do passado mas, sim um planejamento para o futuro?

Não há espaço para uma atuação fria, dissociada da realidade, alicerçada exclusivamente na aplicação da letra fria da lei a casos que sequer são avaliados em seu próprio contexto. Não temos leis mágicas criadas por legisladores aptos a prever todo tipo de cenário e estabelecer a solução ideal para qualquer situação. Cabe ao intérprete, seja um juiz ou administrador público, avaliar as circunstâncias específicas de cada caso concreto para a formar a melhor tomada de decisão.

A ênfase nas consequências sociais e econômicas da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram o contexto econômico e social em que serão aplicadas. A ausência

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério*. Quaestio Iuris, vol. 14, nº. 01: Rio de Janeiro, 2021, p. 467.

¹¹ Antônio José M. Porto Armando Castelar Pinheiro. *Direito e economia: diálogos*. FGV Editora. Edição do Kindle.

de efetividade do ordenamento jurídico pode ser representada pela distância entre o idealismo (ou fanatismo) legislativo e a realidade.¹²

A Teoria dos jogos nos oferece diversas técnicas de análise de possibilidades de atuação na busca de uma decisão que possa, em tese, trazer os melhores resultados diante de um determinado cenário no qual a sociedade se encontra.

A TEORIA DOS JOGOS

A necessidade formal de fundamentar a atuação dos agentes públicos impõe uma nova forma de conduzir as ações dos poderes públicos. Todo indivíduo tem suas próprias convicções pessoais, que se formam ao longo de nossas próprias experiências de vida e é muito difícil separar essas experiências para um atuar estritamente técnico.

Seja como for, foi David Hume quem imortalizou a concepção de que a razão é escrava das paixões. Ainda assim, não podemos deixar de assinalar, agora à revelia de Sigmund Freud, que os desejos podem ser condicionados pelos valores aceitos pelo agente, ou seja, pelo tomador da decisão. No final das contas, parece que todos temos em comum o desejo de que o futuro seja melhor que o presente, ainda que eivados de diferentes graus de certeza. Então vislumbramos uma saída. Enriquecemos nosso processo decisório caso possamos cuidar da qualidade dos pensamentos atuais e futuros, o que apenas será alcançado por meio da dupla educação-treinamento. Por meio da educação, recuperamos as perenes conquistas do intelecto humano, em um grandioso projeto que atravessa gerações, ao passo que o treinamento, para não cair em práticas ineficientes, requer o acompanhamento de tecnologias cada vez mais economizadoras de trabalho humano, na ciência, como é óbvio, mas também de modo apreciável nas próprias artes, religião e esportes.¹³

Através do desenvolvimento da atuação técnica poderá o decisor público agir de forma eficiente, implementando políticas públicas que tragam efetivos resultados positivos ao desenvolvimento social ou ao enfrentamento de uma situação de emergência, como é o caso da pandemia de COVID-19.

Conforme já afirmado anteriormente, a lei não permite mais espaços para “achismos”, sendo exigido um agir pensado, medido, mesmo diante de uma situação inédita, onde não será possível encontrar apoio de especialistas no assunto, exigindo que o bom senso¹⁴, a equidade ou até a intuição do agente deva ser utilizada como parâmetro de atuação quando uma emergência demanda uma resposta imediata.

¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério*. Quaestio Iuris, vol. 14, nº. 01: Rio de Janeiro, 2021, p. 467.

¹³ BERNI, Duilio de Avila. *Teoria dos Jogos: Crenças, Desejos e Escolhas*. Saraiva: São Paulo, 2014, fls.1-2.

¹⁴ Não me atrevo a iniciar neste artigo uma discussão sobre o que deve ser entendido por bom senso, eis que se trata de ideia com alta carga de subjetividade, mas a expressão aqui utilizada denota, ao menos, que a atuação não constitui um “chute” cego, mas que na falta de um referencial técnico, deve a autoridade pública valer-se de um conjunto de valores minimamente reconhecido como algo correto ou razoável aos olhos do chamado “homem médio”, outro conceito que pode ensejar discussões infinitas.

Menos do que as técnicas estatísticas, nosso interesse é transmitir ao leitor as intuições que presidem alguns processos decisórios. Em muitos casos, porém, essas intuições podem ser mimetizadas por meio de processos lógicos, em que a própria lógica ingressa no ambiente apenas como instrumento de treinamento das intuições. Estudar métodos que cultivam a racionalidade no processo de tomada de decisão ajuda a desenvolver as intuições, estas sim nossas aliadas neste processo de lançar luz sobre problemas que antes eram apenas brumas em nossos pensamentos.¹⁵

Pela teoria dos jogos, o agente público pode demonstrar que os valores que estão em discussão em uma determinada situação foram analisados e as consequências, na medida do possível, colocadas na balança no processo de formação decisório, atendendo assim o comando da LINDB, dando validade a uma determinada decisão.

A Teoria dos Jogos busca formalizar o que pode ser pensado como o processo de racionalização das ações que os agentes irão adotar. Se não o fizerem incansavelmente, estarão condenados a sucessivas derrotas.¹⁶

Um exemplo de decisão impensada durante a pandemia foi a redução na frota de ônibus promovida pelo ex-prefeito Bruno Covas que, na intenção de reduzir a circulação de pessoas na cidade de São Paulo e conseqüentemente as aglomerações. Acabou provocando efeito oposto ao esperado, pois o público que depende do transporte público continuou necessitado desse meio de locomoção, e acabou enfrentando ônibus completamente lotados, aumentando a aglomeração e os riscos para a população¹⁷.

A decisão acima, apesar de bem-intencionada, é um exemplo de atuação por puro achismo, sem qualquer embasamento, debate ou discussão técnica. O Prefeito “achou” que era uma boa ideia e simplesmente fez. Pouco tempo depois teve que desfazer sua ação, eis que constatou que a negatividade dos resultados.

No campo do direito regulatório temos a análise de impacto regulatório que, assim como a análise de impacto ambiental, busca antecipar os resultados das decisões públicas ou de determinado empreendimento, a fim de alcançar os melhores resultados ou evitar que danos evitáveis ou até irreversíveis venham a ocorrer.

Neste contexto pode ser inserida a teoria dos jogos, como um suporte técnico, uma forma de avaliar, medir e prever resultados das ações dos agentes públicos, para que as melhores decisões sejam tomadas e as devidas ações implementadas.

A Teoria dos Jogos engloba um conjunto de teorias filosóficas, matemáticas, estatísticas e políticas sobre como agentes racionais tomam ou deveriam tomar suas decisões ao longo das interações humanas. São situações que envolvem a adoção de estratégias para a tomada de decisão, em razão da interdependência das ações dos agentes envolvidos.

¹⁵ BERNI, Duilio de Avila. Teoria dos Jogos: Crenças, Desejos e Escolhas. Saraiva: São Paulo, 2014, fls. 3.

¹⁶ BERNI, Duilio de Avila. Teoria dos Jogos: Crenças, Desejos e Escolhas. Saraiva: São Paulo, 2014, fls. 4.

¹⁷ <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/03/coronavirus-covas-onibus/>

Isso significa que as decisões de cada jogador influenciam os resultados para os demais e, por sua vez, as decisões que irão tomar¹⁸
...sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos, etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um “jogo”¹⁹.

Através da análise de cada cenário e de suas variáveis, podemos entender as consequências de nossas possibilidades de escolhas e, devidamente esclarecidos, escolher aquela que maior proveito promoverá. Dentro da teoria dos jogos utiliza-se o conceito de recompensas ou *payoffs*, entendo esses como os resultados, positivos ou negativos, das escolhas adotadas²⁰. Via de regra, após a análise do cenário e das possibilidades, os envolvidos na situação decisória ou os chamados “jogadores”, tendem a fazer a escolha que melhores recompensas lhes proporcionem, seguindo uma tendência natural em cada um de nós.

Não temos espaço no presente artigo para analisar todas as espécies de jogos possíveis, mas é interessante mencionar que há jogos onde fica estabelecida uma competição direta sendo que para haver um vencedor, necessariamente, teremos um perdedor e há outros nos quais os agentes atuam de forma cooperativa, buscando um resultado que possa trazer melhores recompensas a todos os envolvidos.

Nos casos em que se busca analisar a atuação dos agentes públicos, não estamos diante de um jogo simplista do tipo perde-ganha, mas sim deve a autoridade avaliar os cenários na busca do interesse de uma coletividade, avaliando os possíveis resultados advindos das escolhas possíveis que tem diante de si.

A análise das escolhas através da teoria dos jogos tem aplicação em diversas áreas como a economia, o direito e até a medicina. Em artigo publicado na página da internet do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, o vice presidente Eduardo Neubarth Trindade analisa o cenário da vacinação no país através da teoria dos jogos, destacando a necessidade de uma postura cooperativa entre os “jogadores”, para o sucesso do programa de imunização no combate à pandemia de Covid-19²¹.

O economista Mario Serpa publicou, na página do Conselho Regional de Economia do Distrito Federal, um breve artigo analisando as estratégias adotadas na CPI da Covid do Senado Federal à luz da teoria dos jogos²². Oposição e situação se enfrentaram em acalorados debates

¹⁸ PORTO, Antônio Maristrello. Curso de Análise Econômica do Direito / Antonio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. Atlas: São Paulo, 2020, p. 115.

¹⁹ FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. Campus-Elsevier: Rio de Janeiro, 2009, p. 2.

²⁰ Ver PORTO, Antônio Maristrello. Curso de Análise Econômica do Direito / Antonio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. Atlas: São Paulo, 2020, p. 117 e sgs.

²¹ <https://cremers.org.br/tag/teoria-dos-jogos/>

²² <https://corecondf.org.br/cpi-da-covid-e-a-teoria-dos-jogos-uma-situacao-binaria-estrategia-brilhante-ou-burrice-extrema/>

acerca da atuação do Governo Federal no combate à pandemia e esse embate também pode ser analisado como um “jogo”, onde os jogadores eram os senadores e os acusados, convocados à depor.

Outra aplicação da teoria dos jogos nos processos decisórios pode ser verificado em trabalho desenvolvido pela Kingston University de Londres.

Os pesquisadores de Londres da universidade de Kingston usaram um modelo matemático conhecido como uma teoria dos jogos para explorar como o desafio de fixar suficientes níveis de equipamento de proteção pessoal vital (PPE) para trabalhadores dos cuidados médicos durante o pico da pandemia COVID-19 poderia ter sido abrandado²³.

No campo do Direito, consta da Revista de Direito da Administração Pública, artigo desenvolvido por Leija Bijos, no qual a autora analisa o comércio internacional como um jogo de soma zero²⁴.

Os trabalhos acima referidos, alguns não passando de breves artigos publicados na internet tem por objetivo demonstrar como a teoria dos jogos pode auxiliar em diversas áreas onde os processos decisórios demandam uma avaliação detalhada na busca pelos melhores resultados.

Conforme já mencionado, no presente trabalho não haverá uma análise detalhada sobre cada modalidade existente na teoria dos jogos, o que demandaria volume muito superior de trabalho, mas o objetivo é demonstrar a influência e efetiva aplicação desta técnica decisória e como o Direito, especialmente os agentes responsáveis pelas políticas públicas, podem se beneficiar de sua utilização, principalmente pelo fato de a LINDB exigir fundamentação técnica para as decisões administrativas.

O COMBATE À PANDEMIA E A TEORIA DOS JOGOS

Em decorrência da pandemia de COVID-19 os agentes públicos se depararam com um cenário de extrema dificuldade, como agir? O que fazer? Quais os melhores caminhos ou decisões a se tomar na busca dos melhores resultados para sociedade? Para a aplicação da teoria dos jogos na busca da melhor atuação, devem ser bem compreendidos os valores que estão envolvidos nas escolhas públicas. Ao mesmo tempo que o gestor precisa enfrentar o contágio, reduzindo a disseminação da doença e evitar mortes e sobrecarga no sistema de saúde, mostra-

²³ Abedrabboh, K., *et al.* (2021) Game theory to enhance stock management of Personal Protective Equipment (PPE) during the COVID-19 outbreak. *PLOS ONE*, p.1 – disponível em <https://www.news-medical.net/news/20210202/24843/Portuguese.aspx>

²⁴ BIJOS, Leila, Comércio Internacional: Um Jogo de Soma Zero?, Revista de Direito da Administração Pública, v. 1, n. 2, jul/dez, 2020, p. 24, disponível <http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/205>.

se essencial agir de forma a não violar direitos fundamentais e preservar o máximo possível o bom funcionamento da economia.

De forma bastante simplista, as autoridades públicas precisaram avaliar, no enfrentamento ao coronavírus, os danos causados à economia e direitos individuais em confronto com a obrigação de preservação da saúde pública. Qual o melhor caminho a adotar? Quais as opções possíveis de ação?

Em um trabalho quase profético, Timothy Reluga desenvolveu pesquisa na Universidade de Washington²⁵ na qual aborda como o distanciamento social pode ser utilizado como ferramenta de combate à uma epidemia. Neste trabalho são levadas em consideração diversas variáveis que vão desde a situação econômica de cada país ou região, bem como a disponibilidade ou não de vacinas para a imunização da população. Dependendo de cada realidade, pode-se matematicamente estabelecer a viabilidade ou não da decretação de um *lockdown* e por quanto tempo esta medida pode trazer resultados positivos. Após um certo tempo, o efeito pode trazer mais prejuízos sociais que a própria pandemia.

Somente com base nos dados e informações reais, é possível traçar os cenários de *payoffs* ao administrador público, permitindo assim uma tomada de decisão devidamente embasada e não ações impensadas como o exemplo citado anteriormente, onde a redução da frota de transporte público na cidade de São Paulo trouxe efeito totalmente oposto ao desejado.

A aplicação correta da teoria dos jogos, através da identificação dos valores²⁶ envolvidos, permitirá ao gestor compreender o cenário que tem diante de si e as consequências que suas ações provocarão na sociedade. Decretar ou não *lockdown* e por quanto tempo? Quais atividades econômicas restringir? Restringir total ou parcialmente? Quais os impactos que essas medidas causarão na economia? A análise desses dados deve ser objetiva, desprovida de paixões ou inclinações políticas, deixando de lado os “vieses”.

...como afirmou John McMillan, um dos objetivos da teoria dos jogos é entender a lógica da situação.

Mas o que significa “entender a lógica da situação”? Foi o filósofo austríaco Karl Popper (1902-1994) quem cunhou a expressão *lógica situacional*, ao se referir ao método das ciências sociais. Em sua opinião, as ciências sociais deveriam buscar compreender objetivamente a lógica de uma determinada situação de interação entre indivíduos, ou organizações, a partir dos dados objetivos dessa situação, sem analisar a subjetividade dos indivíduos envolvidos, ou seja, sem investigar os sentimentos, expectativas, desejos, etc. dos indivíduos que participam das interações.²⁷

²⁵ RELUGA, Timothy C. Game Theory of Social Distancing in Response to an Epidemic. University of Washington, 2010, volume 6, issue 5. Disponível em <https://journals.plos.org/ploscompbiol/article?id=10.1371/journal.pcbi.1000793>

²⁶ Por valores entenda-se os bens jurídicos e sociais afetados pela atuação dos gestores públicos

²⁷ FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. Campus-Elsevier: Rio de Janeiro, 2009, p. 6-7.

Uma análise passional ou politizada²⁸contamina os resultados e pode ser vista de forma tão ruim ou até pior do que as decisões “embasadas” em achismos. O processo de análise das possibilidades ou resultados de um jogo, de um processo decisório, se não estiver livre de paixões ou ideias preconcebidas, não resultará na desejada decisão capaz de produzir a melhor recompensa.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi trazer à discussão a aplicação da teoria dos jogos como ferramenta de auxílio e fundamentação ao processo decisório da Administração Pública, valendo-se do combate à pandemia como pano de fundo.

O que temos visto são decisões muitas vezes aleatórias, totalmente injustificadas ou fundamentadas de forma rasa, superficial, com afirmações genéricas de busca de redução do contágio, ou excesso de internações hospitalares, sem a devida demonstração de um estudo que comprove, tecnicamente, as causas dos problemas enfrentados e como as medidas adotadas são eficazes aos fins pretendidos.

Cabe nesta conclusão apresentar uma ressalva às ações impensadas adotadas no começo da pandemia, eis que os gestores públicos não possuíam, nos primeiros meses do ano de 2020, informações suficientes que permitissem a compreensão daquilo que estavam enfrentando. Nestas circunstâncias, e sem modelos históricos ou experiências prévias que pudessem servir de referência, muitas ações foram concretizadas conforme o “bom senso” individual do ocupante do cargo competente naquele momento.

Passados quase dois anos de pandemia, ainda estamos sem previsão do final desta doença que até esta data, 11/12/2021, já ceifou mais de 5.2 milhões de vidas, segundo números da Organização Mundial de Saúde, mas hoje já temos dados bem mais conhecidos acerca da letalidade e forma de contágio do vírus. Neste mesmo período, 18 milhões de pessoas morreram como consequência da miséria e da fome em todo mundo. Os dados das Nações Unidas são assustadores e não podem ser ignorados nas tomadas de decisões

Existem 45 milhões de pessoas famintas em 43 países do mundo, um novo pico de alta, segundo o Programa Mundial de Alimentos, PMA. Nesta segunda-feira, a agência da ONU alertou, em Roma, que antes da pandemia de Covid, em 2019, 27 milhões de pessoas estavam passando fome.

O diretor-executivo da agência, David Beasley, explicou que são milhões de pessoas à “beira do abismo”. O aumento da fome no mundo está explicado por vários motivos

²⁸ Uso essa expressão neste trabalho em sentido pejorativo. Consciência política é sempre desejável, mas politização no sentido de cegar o tomador de decisão fatalmente contaminará o resultado de uma análise de jogo na formação do processo decisório. Não é possível analisar dados reais, concretos com olhos de “esquerda” ou “direita”. Dados são dados e devem ser analisados diante dos resultados que mostram. Sem independência intelectual, toda a discussão na busca pela melhor decisão se transforma em uma enorme perda de tempo.

que vão além da Covid-19: conflitos, mudança climática, alta nos preços dos combustíveis, dos fertilizantes e das sementes.²⁹

Um vídeo disponível na internet produzido pela Deutsche Welle, mostra o drama dos moradores das favelas no Brasil que precisam escolher entre morrer de fome ou de COVID-19³⁰. Tal informação pode ser complementada pelos dados levantados pela ONG Oxfam Brasil, que afirma que mais pessoas morrerão de fome no mundo do que de COVID-19 no ano de 2020³¹.

Todas essas informações devem estar diante do tomador de decisões para que possa avaliar as consequências de suas ações. Argumentos vazios ou até mesmo preguiçosos como uma frase de efeito muito repetida durante a pandemia: “Vidas não podem ser recuperadas, a economia a gente resolve depois”. Diante destes dados vemos que a “economia”, leia-se, a miséria, mata mais que a própria COVID-19. Não se pretende com esses dados deixar de lado o combate à pandemia que, conforme já explicitado, já ceifou mais de 5 milhões de vidas em dois anos. É um problema extremamente sério e deve ser enfrentado com todo vigor, mas não pode ser o único alvo das ações dos gestores públicos, diante das catastróficas consequências que decisões equivocadas podem causar.

Segundo a redação do art. 20 da LINDB, a fundamentação das decisões administrativas de forma técnica é um requisito à sua própria validade e uma obrigação imposta ao gestor público sob pena da responsabilização do mesmo. A teoria dos jogos, se bem manejada, pode trazer maior eficiência à atuação das autoridades administrativas no Brasil, acabando com o achismo e as atuações que são praticadas simplesmente por medo ou pressão popular.

Em trabalho futuro serão expostas, de forma detalhada, quais as formas ideais de jogos a serem aplicadas na regulação das ações de combate à pandemia, não havendo espaço para tal no presente artigo, ante a complexidade do tema, havendo a necessidade de adentrar nas ciências matemáticas de formas mais profunda.

Jogos estáticos ou dinâmicos, com informações completas ou não, jogos cooperativos ou de enfrentamento (jogos de soma zero). Diversas são as possibilidades. Será possível, no combate à pandemia chegar ao chamado equilíbrio de Nash? A tarefa é extremamente complexa, mas com as ferramentas e técnicas corretas podemos ter uma gestão pública bem mais eficiente e responsável.

²⁹ Informações disponíveis em <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769572>

³⁰ Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/mundo-tem-11-mortes-por-fome-por-minuto-estima-oxfam/a-58216949>

³¹ Disponível em <https://www.oxfam.org.br/noticias/mais-pessoas-morrerao-de-fome-no-mundo-do-que-de-covid-19-em-2020/>

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Valter Schuenquener. O Princípio da Proteção da Confiança: Uma nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. Impetus: Niterói, 2016.
- BALDWIN, Robert. Better Regulation: The Search and the Struggle. The Oxford Handbook of Regulation: Edited by Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge. Oxford University Press: New York, 2010.
- BERNI, Duilio de Avila. Teoria dos Jogos: Crenças, Desejos e Escolhas. Saraiva: São Paulo, 2014.
- BIJOS, Leila, Comércio Internacional: Um Jogo de Soma Zero?, Revista de Direito da Administração Pública, v. 1, n. 2, jul/dez, 2020, p. 24, disponível <http://redap.com.br/index.php/redap/article/view/205>.
- FIANI, Ronaldo. Teoria dos Jogos. Campus-Elsevier: Rio de Janeiro, 2009.
- LEAL, Fernando. Consequencialismo, Racionalidade e Decisão Jurídica: O que a Teoria da Decisão e a Teoria dos Jogos Podem Oferecer? Direito e economia: diálogos / Coordenação: Armando Castelar Pinheiro, Antônio J. Maristrello Porto, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. FGV Editora: Rio de Janeiro, 2019. Edição Kindle, Pos. 1822-2266
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Releitura do Direito Administrativo à Luz do Pragmatismo Jurídico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério. Quaestio Iuris, vol. 14, nº. 01: Rio de Janeiro, 2021. pp. 463-480.
- PORTO, Antônio Maristrello. Curso de Análise Econômica do Direito / Antonio Maristrello Porto, Nuno Garoupa. Atlas: São Paulo, 2020.
- RELUGA, Timothy C. Game Theory of Social Distancing in Response to an Epidemic. University of Washington, 2010, volume 6, issue 5. Disponível em <https://journals.plos.org/ploscompbiol/article?id=10.1371/journal.pcbi.1000793>.
- SALGADO, Lucia Helena. Análise de Impacto Regulatório: Uma Abordagem Exploratória. Ipea: Brasília, 2010. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf.