



## OPINIÃO

## ACB e proporcionalidade: a racionalidade em tempos de Covid-19

17 de junho de 2020, 17h11

Por Fernando Leal, Pedro Pamplona Cotia e Thiago Araújo

Ao lidar com a pandemia da Covid-19, que tipos de restrições o poder público deve impor à atividade econômica, ao lazer e à liberdade de locomoção? Em texto recentemente publicado [\[1\]](#), Cass Sunstein constatou que o presidente, governadores e prefeitos têm realizado, nos Estados Unidos, uma espécie de análise custo-benefício (ACB) intuitiva ao contrapor o valor do aumento da atividade econômica à ameaça à saúde pública, para decidirem sobre as restrições. Reguladores e técnicos do Poder Executivo, por sua vez, menos inclinados a ceder às influências de intuições não informadas, mostram-se mais rigorosos na análise dos custos e benefícios.

As dificuldades que a pandemia apresenta para uma criteriosa ACB, porém, têm colocado à prova esses esforços tradicionais de sustentação de decisões administrativas a partir de consensos entre especialistas.

Diante de tanta complexidade e incerteza, que tipos de restrições o poder público *pode* impor? Em nossa realidade, o controle de medidas restritivas à liberdade editadas pelo poder público destinadas à proteção da vida e da saúde pode se orientar, para além de uma estrita ACB, pelo exame de proporcionalidade e das suas etapas da adequação, necessidade e



proporcionalidade em sentido estrito. Talvez se possa afirmar até mesmo que a proporcionalidade é, no atual contexto, mais adequada àquele fim.

De fato, a ACB é o método mais conhecido para a análise de custos e benefícios associados a diferentes alternativas decisórias explicitadas em análises de impacto regulatório (AIR). De acordo com o estágio atual de sua metodologia, realizar uma AIR envolve percorrer um conjunto extenso de etapas analíticas [2].

Os guias oficiais que orientam a realização de AIRs costumam indicar uma preferência pela monetização de custos e benefícios, tarefa para a qual a ACB tem sido a candidata mais utilizada. Quando isso não é possível, incentiva-se que, pelo menos, os efeitos associados às alternativas decisórias sejam quantificados (por exemplo, identificando-se números absolutos de indivíduos afetados, quando não há dados para que a dimensão monetária de determinado efeito seja mensurada) [3]. Aqui, reside a dificuldade no uso da ACB na presente conjuntura.

No atual cenário de incerteza profunda, em que a ciência ainda não compreende suficientemente bem o coronavírus, e no qual seus efeitos têm sido tão imprevisíveis e vastos que sequer se é capaz de prever os desdobramentos que podem advir, o cumprimento das etapas analíticas previstas para a AIR pode se revelar problemático — mais ainda se considerarmos a sua preferência por, via ACB, monetizar ou quantificar efeitos de alternativas decisórias possíveis.

É por isso que pode ser desejável condicionar o controle de medidas estatais a um nível mínimo, quer dizer, a um juízo destinado não a obter a melhor resposta possível, tendo em vista que não dispomos de condições analíticas para realizar essa escolha em um primeiro momento, mas, sim, a garantir um mínimo de respeito aos valores mais relevantes que estão envolvidos.

Dessa forma, garante-se que a decisão siga critérios de racionalidade e que ônus evidentemente excessivos não sejam impostos a direitos relevantes que, no limite, poderiam levar a uma inação. A tarefa de otimização dessas escolhas, por outro lado, passa a ser realizada em um segundo momento, à medida que novas informações surgem, tanto da produção científica, quanto da própria experiência institucional com as escolhas que estão sendo tomadas. Ou seja, o processo de implementação das políticas públicas passa a direcionar-se ao aprendizado e à reavaliação gradual com base em experiências acumuladas (análises *ex post*), e não somente

no planejamento (análises *ex ante*). Mas para que isso seja possível, é necessário que as escolhas estejam sempre orientadas por uma metodologia de análise que seja ao mesmo tempo flexível o suficiente para permitir que escolhas razoáveis sejam alcançadas em um cenário de profunda incerteza, e rigorosa o bastante para evitar arbítrios e garantir que as escolhas estejam sempre pautadas pelas melhores evidências disponíveis.

O argumento central deste texto é o de que, embora não seja um instrumento infalível ou impermeável a eventuais desvios, a proporcionalidade se apresenta como instrumento mais propício a cumprir esse papel durante a pandemia.

Até mesmo porque, se, em situações de normalidade, não há muita parcimônia em se organizarem questões jurídicas em termos de colisão de princípios, o cenário atual parece tornar inescapável esse tipo de formatação. Por isso, a pandemia se coloca como espécie de prova de fogo para a proporcionalidade. Reduzida ao vazio artifício retórico que se expressa pela mera invocação, sem qualquer rigor analítico, certamente a proporcionalidade só abre espaço para arbítrio. Em sua melhor versão, porém, segue ainda incerto que papel ela pode desempenhar para justificar restrições à liberdade no atual contexto. Apesar de espaços de incerteza, quatro vantagens poderiam justificar a sua maior utilidade para conduzir processos decisórios relativamente a outros candidatos.

Ligada ao presente cenário, em que se invoca a necessidade de escolhas públicas fundarem-se na *ciência*, uma das vantagens que o exame apresenta é a *permeabilidade a juízos empíricos*. No manejo da proporcionalidade em sentido estrito, a lei epistêmica do sopesamento formulada por Alexy ("*quanto mais pesar a restrição a um direito fundamental, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes*" [4]) exige que se analise a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização e a não realização dos princípios imbricados. Nesse espaço, são os critérios fixados pela ciência que irão guiar a atribuição dos predicados sugeridos pela teoria [5] para a confiabilidade de tais premissas. Além disso, mesmo as etapas anteriores — adequação e necessidade — poderão exigir conhecimentos não jurídicos, considerando as correlações que precisam ser encaradas.

A *exigência de comparação de medidas* — e de seus efeitos — é outra característica do exame aderente às preocupações que recaem sobre atos estatais destinados a lidar com a pandemia. Na análise de necessidade da medida estatal, é preciso indagar se há medidas alternativas capazes de promover, ao menos com a mesma intensidade, o objetivo que a medida estatal pretende fomentar, mas de

restringir, com menor intensidade, o princípio por ela afetado. O raciocínio, aparentemente simples, pode esconder a complexidade da resposta a estas questões quando, para tanto, juízos empíricos forem necessários para a devida comparação.

Em terceiro lugar, a proporcionalidade *distribui o ônus de prova e de argumentação*. A proporcionalidade encaminha a argumentação ao determinar o que precisa ser justificado e por quem. É dessa organização que se extrai grande parte da sua pretensão de racionalidade.

Há, finalmente, um traço do exame que lhe permite endereçar discussões jurídicas a respeito de medidas estatais de combate à Covid-19: a possibilidade de *incorporação de múltiplos objetivos constitucionais imbricados no caso concreto*. Saúde, vida, livre exercício de atividade econômica e liberdade de locomoção são exemplos de direitos fundamentais que têm sido colocados frente a frente por atos estatais, e que podem ser acomodados em um exame de proporcionalidade. Embora um modelo de ponderação multidimensional não esteja completamente desenvolvido, os roteiros fornecidos pela proporcionalidade podem auxiliar na construção das cadeias complexas de argumentação que darão suporte à decisão.

A proporcionalidade, sem dúvida, não é solução para os dilemas epistêmicos e valorativos colocados pela pandemia. Ela não é um algoritmo de decisão que permitirá a incorporação do melhor conhecimento científico e a harmonização de múltiplos objetivos até a decisão correta. Nesse aspecto, porém, antes de se afastar de outros candidatos que almejam conduzir a argumentação na solução de casos difíceis, ela se aproxima deles. Ela não é infalível, assim como a ACB, o apelo à precaução ou qualquer outro método de decisão. Aplicada adequadamente, porém, ela pode ser tão útil — ou mais — do que os seus rivais.

Se a pandemia, por um lado, pode escancarar os limites da proporcionalidade para determinar respostas para questões jurídicas altamente complexas, ela, por outro, reforça ainda mais a necessidade de uma aplicação rigorosa das suas recomendações, pois nisso pode estar o caminho da racionalidade possível em meio a tanta incerteza.

---

[1] <https://www.bloombergquint.com/gadfly/coronavirus-is-giving-cost-benefit-analysts-fits>.

[2] A saber: definição do problema e da necessidade de ação, determinação da linha de base (benchmark), determinação do horizonte de tempo da análise, identificação das alternativas regulatórias existentes, identificação das consequências de cada alternativa regulatória, quantificação e monetização dessas consequências, aplicação de taxas de desconto sobre efeitos futuros, avaliação qualitativa de custos e benefícios não-quantificáveis, identificação das áreas de incerteza da análise. Essas são as etapas descritas em: ESTADOS UNIDOS. Regulatory Impact Analysis: A Primer. Disponível em: [http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4\\_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf](http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf) (acesso em: 2/6/2020),

[3] Embora deva ser reconhecido que seja possível o uso de metodologias de AIR adaptadas para acomodar a consideração de questões relativas a bens/direitos não facilmente quantificáveis e monetizáveis, sendo de utilização menos frequente.

[4] ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A structural comparison. Ratio Juris, vol. 16, nr. 4, p. 433-449, 2003, p. 446.

[5] Se trabalharmos com três níveis, a sua confiabilidade poderia ser julgada como "certo/seguro", "plausível/defensável" ou "não evidentemente falso".

Fernando Leal é professor da FGV Direito Rio.

Pedro Pamplona Cotia é advogado e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

Thiago Araújo é procurador do Estado do Rio de Janeiro, advogado e professor da Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Revista **Consultor Jurídico**, 17 de junho de 2020, 17h11