

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO**

PEDRO PAMPLONA COTIA

**CONSEQUÊNCIAS E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO,
PRINCÍPIOS E PROPORCIONALIDADE: APROXIMAÇÕES E
DISTANCIAMENTOS**

Rio de Janeiro

2019

PEDRO PAMPLONA COTIA

**CONSEQUÊNCIAS E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, PRINCÍPIOS E
PROPORCIONALIDADE: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS**

Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas para obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito da Regulação

Linha de pesquisa: Governança Regulatória, Instituições e Justiça

Orientador: Fernando Ângelo Ribeiro Leal

O presente trabalho foi realizado com apoio financeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Rio de Janeiro

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Cotia, Pedro Pamplona

Consequências e análise de impacto regulatório, princípios e proporcionalidade:
aproximações e distanciamentos / Pedro Pamplona Cotia. - 2019.
136 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação
Getulio Vargas.

Orientador: Fernando Ângelo Ribeiro Leal.
Inclui bibliografia.

1. Direito regulatório. 2. Agências reguladoras de atividades privadas - Brasil. 3.
Controle administrativo - Brasil. 4. Proporcionalidade (Direito). 5. Governança
corporativa. I. Leal, Fernando. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação
Getulio Vargas. IV. Título.

CDD – 341.3221

PEDRO PAMPLONA COTIA

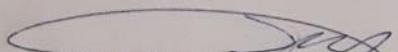
**"CONSEQUÊNCIAS E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO, PRINCÍPIOS E PROPORCIONALIDADE:
APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS".**

Dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em Direito da Regulação.

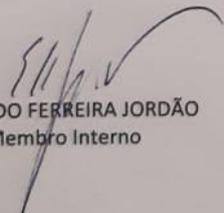
Data da defesa: 14/02/2020

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA

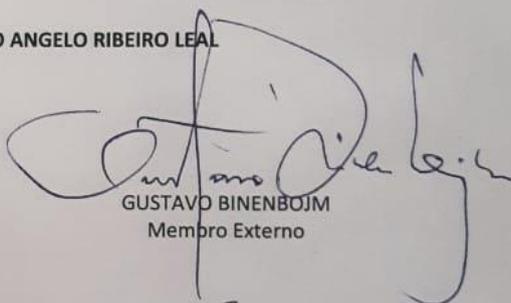
Presidente da Comissão Examinadora: Profº FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL



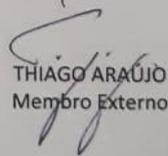
FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL
Orientador



EDUARDO FERREIRA JORDÃO
Membro Interno



GUSTAVO BINENBOJM
Membro Externo



THIAGO ARAÚJO
Membro Externo

Instrução Normativa nº 01/19, de 09/07/19 - Pró-Reitoria FGV

Em caso de participação de Membro(s) da Banca Examinadora de forma não-presencial*, o Presidente da Comissão Examinadora assinará o documento como representante legal, delegado por esta I.N.

*Skype, Videoconferência, Apps de vídeo etc

*A meus avós, Ceci e Carlos,
Yolanda e Mauro, que tanto
fizeram por nossa família.*

AGRADECIMENTOS

Aos professores e à Coordenação do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, agradeço pela oportunidade única de conhecer e discutir os mais variados temas relacionados ao direito regulatório, por todo o apoio prestado ao longo dessa jornada e pela organização impecável de cada etapa do Curso.

Aos colegas de turma, agradeço pelas ricas discussões e pelo companheirismo em todos os momentos desses dois anos de Mestrado.

Ao Professor Fernando Leal, meu orientador, agradeço por todas as sugestões feitas, a começar pelo tema desta Dissertação, e pela disponibilidade irrestrita. A convivência nesses dois anos foi um privilégio que fará muita falta.

Aos membros da Banca, agradeço por todo o tempo dedicado à leitura do trabalho e pelas preciosas sugestões e críticas feitas desde a Qualificação, que muito me honram.

Aos colegas de trabalho, agradeço pelo apoio sempre demonstrado, e por me possibilitarem cursar o Mestrado, com toda a dedicação que ele sempre exigiu.

À Camila, meu amor, agradeço o apoio incondicional e irrestrito nessa jornada. Tenho certeza de que muitas outras virão e de que, em cada uma delas, estaremos prontos para apoiar um ao outro.

A meus pais, Mário e Helia, e à minha irmã, Beatriz, não há agradecimento possível que retribua o que fazem e sempre fizeram por mim. Só posso dizer que serei eternamente grato por tudo, do fundo do meu coração.

RESUMO

Proporcionalidade e análise de impacto regulatório (AIR) têm origens próprias, traços característicos e, à primeira vista, parecem não tratar sobre o mesmo mundo: são normalmente atribuídas a autoridades e instituições distintas, em atividades distintas que são realizadas em momentos diferentes. Por outro lado, de um ponto de vista mais amplo, elas podem ser vistas como estruturas de justificação que têm por objetivo orientar ou verificar a compatibilidade de atos estatais com o direito vigente. Ambas são ferramentas com potencial para conferir racionalidade a decisões jurídicas que recorrem, nesse empreendimento que as aproxima de modo mediato, à análise de consequências práticas e de princípios (em tensão), dois materiais de decisão colocados lado a lado recentemente por uma norma geral de direito público, que eleva a consideração das primeiras à condição de item obrigatório na fundamentação de decisões que tenham, como razão determinante, princípios jurídicos. Diante dessas relações que podem ser estabelecidas entre um e outro, explora-se no presente trabalho aproximações e distanciamentos entre os instrumentos. A semelhança mais forte entre AIR e proporcionalidade é explicada pelo fato de que ambas podem ser vistas como metodologias de decisão orientadas para o futuro. Investigações sérias sobre relações de causalidade podem ter de ser tomadas no uso da proporcionalidade e da AIR, e elas podem levar a cenários de certeza, risco ou ignorância. Ainda assim, o modo como esses juízos são tomados tem seus contornos definidos por características que cada uma das ferramentas possui. É em um nível secundário que as comparações fazem mais sentido, e buscou-se, a partir disso, enfrentar quatro pontos em que as ferramentas se aproximam e se distanciam, entre os quais algumas críticas semelhantes relativas a problemas de comparabilidade e de uso estratégico. Se é cada vez mais incentivada, no Direito Público brasileiro, a tomada de decisão com base em consequências práticas, a adoção e a estabilização de metodologias que pretendem organizar a sua consideração parecem ter pelo menos algumas coisas boas a oferecer. O nível esperado de racionalidade da metodologia de que se vale uma análise de impacto regulatório, em pretensões mais modestas do que algumas das mais otimistas expectativas, pode ser suficiente para permitir a organização do processo decisório, a distribuição dos ônus de argumentação e de prova e o aprendizado institucional de longo prazo. Além dessa afirmação, extraída a partir de considerações sobre problemas parecidos que os instrumentos enfrentam, o fato de ambos se valerem de estratégias maximizadoras para solução de casos específicos pode recomendar que uma AIR seja usada por dentro da proporcionalidade (e vice-versa). Se esse é o ideal que inspira a operacionalização

das duas ferramentas, então a tarefa de levar a sério as análises que precisarão ser feitas pode ser auxiliada tanto com o uso, na proporcionalidade, de passos de uma AIR, como, na AIR, de etapas da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito da Regulação. Governança regulatória. Virada pragmática. Análise de impacto regulatório. Proporcionalidade. Aproximações e distanciamentos.

ABSTRACT

Proportionality and regulatory impact analysis (RIA) have particular origins, peculiar traits, and at first glance seem not to deal with the same world: they are usually attributed to different authorities and institutions in different activities that are carried out at different levels. On the other hand, from a broader point of view, they can be seen as justification structures that aim to guide or verify the compatibility of state acts with current law. Both tools can make more rational legal decisions that resort to the analysis of practical consequences and principles (in tension). Given these relationships that can be established between each other, the present work explores similarities and distances between the instruments. The stronger similarity between regulatory impact analysis and proportionality is explained by the fact that both can be seen as future-oriented decision methodologies, in which investigations about causal relationships may have to be done, leading to scenarios of certainty, risk or ignorance. Still, these judgments are made each in their own way, depending on the toll. It is at a secondary level that comparisons make the most sense, and we sought to address four points where the tools can be close or distant to each other, including some similar criticisms of comparability and strategic use issues. If it is increasingly encouraged, in Brazilian public law, a decision-making process based on practical consequences, the adoption and stabilization of methodologies that seek to organize their consideration seem to have at least some good things to offer. The expected level of rationality of RIA, on more modest expectations, may be sufficient to allow the organization of the decisionmaking process, the distribution of the burden of argumentation and proof and long-term institutional learning. In addition, the fact that both tools rely on maximizing strategies of decisionmaking may recommend an RIA to be used within proportionality (and vice versa). If this is the ideal that inspires the operationalization of both tools, then the task of taking seriously the analyzes that will need to be done can be helped with the use of RIA steps in proportionality, and vice versa.

Keywords: Regulatory law. Regulatory governance. Pragmatic turn. Regulatory impact analysis. Proportionality. Similarities and differences.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACB – Análise custo-benefício

AIR – Análise de impacto regulatório

ANA – Agência Nacional de Águas

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINE – Agência Nacional do Cinema

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

OIRA – Office of Information and Regulatory Affairs

PROREG – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação

SAG – Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (Casa Civil/Presidência da República)

STF – Supremo Tribunal Federal

VSL – *Value of statistical life* (valor estatístico da vida)

WTP – *Willingness to pay* (disposição para pagar)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	AIR E PROPORCIONALIDADE: DIFUSÃO E ESTRUTURA	26
2.1	Proporcionalidade: difusão	26
2.2	AIR: difusão.....	31
2.3	Proporcionalidade: estrutura	40
2.3.1	Adequação	41
2.3.2	Necessidade.....	43
2.3.3	Adequação e necessidade: comparação entre estados do mundo e referência ao conceito de ótimo de Pareto	44
2.3.4	Proporcionalidade em sentido estrito: quando custos são inevitáveis (e quando juízos prospectivos também podem importar)	46
2.4	AIR: estrutura	52
3	AIR E PROPORCIONALIDADE: PROBLEMAS, CRÍTICAS E ALGUMAS RESPOSTAS	59
3.1	Proporcionalidade: problemas e críticas	59
3.1.1	Críticas mais comuns: relações com direitos fundamentais e déficit de racionalidade	60
3.1.2	Sobreracionalidade e a exigência de conhecimentos extrajurídicos	61
3.1.3	Limitações enquanto procedimento empiricamente inspirado.....	64
3.1.4	Algumas respostas	66
3.2	AIR: problemas e críticas	70
3.2.1	Críticas comuns decorrentes de estudos empíricos	70
3.2.2	Análise custo-benefício (ACB), valor estatístico da vida (VSL) e disposição para pagar (WTP).....	77
3.2.3	AIR, conhecimento e orientação técnico-racional.....	81
4	PROPORCIONALIDADE E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: ESTRUTURAS DE JUSTIFICAÇÃO SEMELHANTES, APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS.....	86
4.1	Nem tão diferente.....	87
4.2	Raciocínios consequencialistas: estrutura e problemas	91
4.3	Princípios, proporcionalidade e raciocínio consequencialista	93
4.4	Aproximações e distanciamentos.....	98
4.4.1	Moldura: risco de uso estratégico, vantagens e falácia comparativa	98
4.4.2	Justificando medidas que interferem em bens e direitos.....	102

4.4.3	Problemas de comparabilidade.....	106
4.4.4	Juízos prospectivos e retrospectivos, algumas diferenças e espaços de complementação.....	111
5	CONCLUSÃO	124
6	REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

A *inclinação pragmática* pode ser considerada uma tendência contemporânea do Direito Público brasileiro¹. O tema tem conexão com a pergunta “como autoridades devem decidir?”, e está, assim, relacionado ao debate sobre as considerações que podem justificar uma decisão judicial, administrativa ou de controle.

Como destacado por Arguelhes e Leal, diversos são os elementos que se apresentam aos juízes como fontes para fundamentação de suas decisões: o texto da regra incidente, a finalidade da norma, as possíveis consequências de sua aplicação, os princípios gerais do sistema e o histórico legislativo são os exemplos mais usuais disso². As consequências *práticas* da decisão, porém, não são categoria tradicionalmente explorada pela doutrina brasileira que investe nos temas da interpretação e aplicação do Direito, ao contrário do que se vê, há décadas e sob diferentes rótulos, no âmbito do debate norte-americano³. Mais recentemente, afirmam, um desses rótulos tem recebido particular atenção da academia no Direito: trata-se do pragmatismo jurídico, “entendido como uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes”⁴.

Do ponto de vista normativo, a cristalização dos novos rumos do Direito Público brasileiro pode ser representada por dois indicadores: algumas das inovações inseridas, em

¹ É a expressão utilizada, por exemplo, por LEAL, Fernando. *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15*. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 25; e MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari*. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 34.

² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 172.

³ *Ibid.*, p. 173.

⁴ *Id.* Exemplo dessa atenção que tem sido dispensada mais recentemente ao tema é o artigo de Mariana Pargendler e Bruno Salam: buscando explicar as razões da proliferação de “instituições de pesquisa e trabalhos acadêmicos em direito que objetivam investigar os efeitos das normas jurídicas sobre a realidade econômica e social”, os autores sustentam que, no Brasil, a adoção “de novas metodologias na produção jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito, que vem crescentemente consagrando a utilização de argumentos consequentialistas em juízo”. Três vetores teriam forjado tal transformação no contexto brasileiro: os de caráter ideológico (representado pelo triunfo do progressismo), o organizacional (ligado à centralidade do Poder Judiciário no arranjo político) e o técnico-jurídico (extraído do reconhecimento da força normativa dos princípios). PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901>>. Acesso em: 13 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8901>. Também é exemplo disso: SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008, p. 131. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 13 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁵, bem como a obrigatoriedade de realização de AIR prevista pelo artigo 5º da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei Federal n.º 13.874/2019, na qual foi convertida a Medida Provisória n.º 881/2019) e no artigo 6º da recém aprovada Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei Federal n.º 13.848/2019). Estes são dois exemplos recentes de reconhecimento, pela legislação, da importância de se considerar os efeitos práticos de decisões. No caminho percorrido até aqui, outros exemplos são encontrados – além de alguns de sede normativa (como a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista na Lei Federal n.º 9.868/1999), também se pode mencionar decisões judiciais em que, declaradamente ou não, se dá peso decisivo a consequências práticas.

A citada Lei da Liberdade Econômica torna a realização da análise de impacto regulatório obrigatória para órgãos e entidades da administração pública federal, quando pretendam editar ou alterar atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. A análise deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo, para que se possa verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. A recém aprovada Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei Federal n.º 13.848/2019), que dispõe, entre outras coisas, sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social dessas entidades, conta com regra semelhante: a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados deverão ser, nos termos de regulamento, precedidas de realização de análise de impacto regulatório, a qual conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. Com isso, tem-se que também o processo decisório *normativo* é objeto das inovações ora mencionadas.

Sinais desta inclinação pragmática são reconduzidos, por Gustavo Binbenbojm, às alterações feitas no arranjo do Direito Público na década de 1990⁶, em fenômeno que o autor qualifica como *giro pragmático do direito administrativo contemporâneo*. Em 2010, José Vicente Santos de Mendonça reconhecia vivermos uma “virada pragmatista no Direito Público”, em que “passa-se a analisar a interpretação jurídica a partir da aptidão dos intérpretes a realizá-la, e com os olhos postos nas possíveis consequências concretas desta ou daquela linha

⁵ No total, foram incluídos os artigos 20 a 30, pela Lei Federal n.º 13.655, de 25 de abril de 2018.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 61/62. O assunto será explorado mais à frente.

de ação”⁷.

As inovações normativas levadas à LINDB em 2018 chegam, fundamentalmente, como tentativa de se frear um apontado abuso na utilização de princípios jurídicos na fundamentação de decisões judiciais, administrativas e de controle. O diagnóstico já havia sido feito, entre outros, por Carlos Ari Sundfeld (um dos arquitetos do Projeto de Lei⁸ que acabou por alterar a LINDB): “Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”⁹.

Ao trabalhar os sentidos possíveis da expressão “obstáculos e dificuldades reais” do gestor público, utilizada pelo *caput* do artigo 22 da LINDB¹⁰, Jordão chama atenção para uma delas que talvez não seja tão explorada na análise do novo dispositivo: a dificuldade de interpretação da legislação para se saber o que ela determina, veda ou possibilita. Esta dificuldade seria ainda maior em razão da tradição jurídico-cultural brasileira na utilização de princípios de forma tão maleável e livre, “que, a rigor, qualquer determinação textual expressa da lei pode ser afastada pela suposta incidência de princípios abstratos como o da moralidade ou da dignidade da pessoa humana”. Se é assim, há uma grande dificuldade de identificar o “direito relevante” que regerá um caso concreto¹¹.

Um dos principais problemas desta espécie – o recurso determinante a padrões vagos para justificação de decisões jurídicas – se verificaria, porém, não só na atuação judicial, mas também na de órgãos de controle. Com Guilherme Jardim Jurksaitis, Carlos Ari Sundfeld constata o papel de construtores ativos do direito público que órgãos de controle assumiram nos últimos anos¹². Comentando o ambiente em que se propôs a alteração da LINDB, para que nela fosse inserida uma “lei de introdução ao direito público”, os autores apontam aquela que talvez seja a principal crítica que se faz à mencionada atuação: a de que os órgãos de controle teriam

⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

⁸ Trata-se do Projeto de Lei do Senado n.º 349, de 2015.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo Para Céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 60.

¹⁰ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 maio 2018.

¹¹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. O artigo 22 da LINDB e as dificuldades jurídicas do gestor público. **DIREITO DO ESTADO**, 8 out. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>>. Acesso em: 22 abril 2019.

¹² JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 22.

assumido o próprio lugar dos gestores públicos na formulação de políticas e na condução da máquina estatal, “trazendo enorme instabilidade”¹³.

Para referidos autores, superar a apontada crítica envolve, entre outras coisas, “ter cuidado com decisões tomadas com base em princípios, em valores jurídicos abstratos, que, não obstante, produzem claros efeitos concretos”¹⁴. Não basta o tomador de decisão dizer qual é o princípio a ser aplicado; “é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas”¹⁵.

Considerar os efeitos da decisão no caso concreto: se a sua fundamentação se apoia em princípios jurídicos, ou em “regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”¹⁶, foi justamente esse dever que passou a prever o *caput* do artigo 20 da LINDB. Estabelece referido artigo que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”¹⁷. Seu parágrafo único determina a demonstração da necessidade e adequação da medida imposta pela decisão, inclusive em face das possíveis alternativas¹⁸.

¹³ **Id.**

¹⁴ **Id.**

¹⁵ **Ibid.**, p. 23.

¹⁶ É o que diz o Enunciado n.º 06 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, em: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Impactos de Lei n.º 13.655/18 no Direito Administrativo. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em 13 dez 2019.

¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 maio 2018. Segundo o Enunciado n.º 04 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, “As “consequências práticas” às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes”. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em 13 dez 2019.

¹⁸ “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 (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018). 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. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)”. BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 maio 2018. Essa motivação, imposta pelo parágrafo único, poderia se dar, nos termos do Enunciado n.º 02 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos, o que não exige a Administração Pública da análise das particularidades do caso concreto, inclusive para eventual afastamento da orientação geral. INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo**. Disponível em:

Entre outras medidas destinadas a conferir “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”¹⁹ – objetivos gerais buscados com as inovações levadas à LINDB nos artigos 20 a 30 – eleva-se a consideração das consequências práticas à condição de item obrigatório na fundamentação de decisões jurídicas que tenham, como razão de decidir, valores jurídicos abstratos.

“O consequencialismo, agora por lei”, nas palavras de José Vicente Santos de Mendonça²⁰. E como estratégia que busca minimizar os problemas que decorrem do recurso determinante a padrões vagos para justificação de decisões judiciais, administrativas ou de controle na esfera do Direito Público.

Será, porém, que a estratégia escolhida é *tão* diferente daquela que pretende substituir (ou complementar)? Um breve e atual debate entre juristas brasileiros sobre problemas com raciocínios consequencialistas e problemas com raciocínios com princípios jurídicos é bom ponto de partida para a questão, e prepara o terreno para a exposição do problema de pesquisa que se pretende enfrentar no presente estudo.

Em tom crítico àquilo que chamou de “consequenciachismo”, Conrado Hübner Mendes apontou a falta de dados objetivos e de rigor empírico que com frequência caracterizariam decisões judiciais que se pretendem, declaradamente, consequencialistas²¹. Na falta de ferramentas para testar as previsões feitas, sobrariam “especulações de gabinete”. O autor cita alguns exemplos disso, especialmente na prática do Supremo Tribunal Federal, o que contrastaria com algumas falas e trechos de votos que destaca do Ministro Luís Roberto Barroso, em que se recomenda um giro empírico-pragmático na atuação estatal; o trabalho com dados objetivos no lugar da “retórica vazia e dos direitos tonitruantes”.

Reagindo às críticas apresentadas por Hübner, José Vicente Santos de Mendonça apresenta uma defesa do “consequenciachismo”: no mundo real, comparado com a tendência interpretativa que lhe compete a atenção – o “princiachismo” –, o consequenciachismo “é

<<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em 13 dez 2019.

¹⁹ São as palavras utilizadas na ementa da Lei Federal n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que fez as inclusões na LINDB.

²⁰ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 31.

²¹ MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência impressionista. **ÉPOCA**, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em 01º abril 2019.

mais fraco, e, por isso, melhor”²². E seria mais fraco e melhor porque, por apelar a estados da realidade, poderia ser falseado. Por estes motivos, num mundo em que nem um, nem outro são adotados com rigor, a retórica das consequências seria menos danosa do que a retórica dos princípios.

Fernando Leal, participando do debate estabelecido²³, sustenta que o dilema entre os dois “achismos” é meramente aparente. Primeiro, porque princípios e consequências estão mais próximos do que parece, considerando que aquelas normas exigem em alguma medida raciocínios consequencialistas²⁴. Como diz Leal, “decidir agora se um ato do poder público é compatível com certo princípio exige um esforço de antecipação dos efeitos que a opção (executiva ou legislativa) pode promover na realidade”:

Quando debatemos a constitucionalidade da legalização da maconha, por exemplo, se quisermos usar a ideia de proporcionalidade com rigor, é preciso ir além de uma desorientada disputa entre liberdade e saúde pública. Teremos que discutir a aptidão de certas escolhas públicas para promover o estado de coisas por ela visado; comparar medidas que possam promover a liberdade com a mesma intensidade da legalização, mas que eventualmente restrinjam menos a saúde pública; e apurar a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam os objetivos constitucionais em tensão (o que a comunidade médica dispõe de informações sobre os potenciais efeitos nocivos da maconha, por exemplo). Em todas essas dimensões, considerações consequencialistas entram em cena, ainda que o rótulo utilizado para esse tipo de raciocínio seja “ponderação de princípios”.²⁵

²² MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Em defesa do consequenciachismo. **DIREITO DO ESTADO**, 16 set. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 01º abril 2019.

²³ E o fez após o texto, que sucedeu os de Hübner e Mendonça, de Daniel Wang, para quem “Há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos”, casos nos quais o dilema entre consequenciachismo, principiachismo seria falso. WANG, Daniel. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **JOTA**, 20 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>>. Acesso em 01º abril 2019.

²⁴ É com base nesse tipo de ligação que Diego Arguelhes apresenta subsídios de compatibilização entre argumentos consequencialistas e Estado de Direito: “Assim, não há qualquer incompatibilidade entre a ideia de obediência como promoção e o caráter “deontológico” da aplicação de normas jurídicas, que a tradição do pensamento jurídico vê como uma exigência do ideal de Estado de Direito. Ao contrário, muitas vezes o órgão judicante dependerá de uma análise das possíveis consequências de cada curso decisório para identificar o que a aplicação do Direito exige no caso, como o exemplo da liberdade de expressão torna evidente. Essas constatações são ainda mais persuasivas quando várias normas incidirem sobre o caso. Há certas relações de interdependência nos estados de coisas deonticamente caracterizados por princípios jurídicos que só podem ser identificadas e devidamente resolvidas por meio da análise das suas possíveis consequências³². Na prática, a promoção da finalidade subjacente a um princípio pode interferir na promoção da finalidade de outro”. ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização, p. 15. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 27/05/2019.

²⁵ LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. **JOTA**, 01º out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>>. Acesso em 01º/04/2019.

Em segundo lugar, princípios podem ser utilizados como os parâmetros jurídicos capazes de justificar a preferência por certo curso de ação escolhido por uma decisão consequencialista. Aqui também o raciocínio com efeitos futuros não é incompatível com a aplicação de princípios, ainda que essa seja apenas uma das peças das engrenagens de raciocínios consequencialistas²⁶.

Por fim, o dilema seria falso por uma terceira razão: se o que se pretende é a redução de incertezas que podem afetar decisões jurídicas, tanto a decisão com princípios como a orientação em consequências padecem de dificuldades estruturais talvez insuperáveis. E, valendo-se ambas de raciocínios semelhantes, os problemas podem ser também semelhantes²⁷. Estas dificuldades, como a qualificação dada a elas sugere, não decorrem de um uso retórico das duas estratégias de interpretação e aplicação do direito, *mas das próprias considerações que elas exigem em sua operacionalização*.

Se a argumentação com princípios e a argumentação com consequências apresentam problemas (das dificuldades estruturais ao uso retórico), análise de impacto regulatório e proporcionalidade são ferramentas com potencial de conferir racionalidade a decisões que recorrem a estes fundamentos. Elas poderiam ser consideradas, desde que usadas com rigor, um resíduo de racionalidade para o manejo daqueles materiais de decisão.

Proporcionalidade e análise de impacto regulatório têm origens próprias, traços característicos e, à primeira vista, parecem não conversar sobre o mesmo mundo: são normalmente atribuídas a autoridades e instituições distintas, em atividades distintas que são realizadas em momentos diferentes. A primeira é desenvolvida desde a prática do Tribunal Constitucional alemão nos anos 1950, passando por diversos refinamentos desde então, e é normalmente associada ao controle judicial de atos do Poder Público; a segunda é fenômeno mais recente, que se intensificou apenas no final do século passado, e costuma ser associada à preparação de atos normativos a serem editados por agências reguladoras (e, mais recentemente, também à sua revisão).

Por outro lado, de um ponto de vista mais amplo, ambas podem ser vistas como estruturas de justificação que têm por objetivo orientar ou verificar a compatibilidade de atos estatais com o direito vigente. Se as duas, sob este ponto de vista mais amplo, servem ao mesmo propósito, serão elas semelhantes, do ponto de vista estrutural, uma à outra? Partindo da suspeita de uma semelhança relevante entre os tipos de processo de justificação envolvidos em cada uma das ferramentas, em razão da espécie de consideração que elas exigem em sua

²⁶ **Id.**

²⁷ **Id.**

operacionalização, serão exploradas neste trabalho algumas similaridades e distanciamentos entre ambas.

Se as estruturas e alguns dos problemas forem semelhantes, talvez não seja, pelo menos do ponto de vista metodológico, *tão* diferente assim o que se pretende com a inclinação pragmática do Direito Público brasileiro, descrita na Introdução deste trabalho, em relação à estratégia de interpretação e aplicação do direito que ela visa a, de algum modo, substituir ou complementar. Além disso, algumas das lições que se podem tirar das críticas e reflexões que incidem sobre a proporcionalidade e sobre juízos prospectivos poderão oferecer um bom referencial para que se calibre as pretensões da institucionalização da AIR na realidade brasileira. Ainda que, como se verá, essas reflexões sejam fruto de considerações teóricas acerca dos juízos que precisam ser tomados em sua operacionalização, e não de problemas verificados na aplicação prática da proporcionalidade (esses, em nossa realidade, costumam ser muito mais rasos do que os riscos mais sérios apontados pela teoria), não há motivo para ignorar esses cuidados, ainda mais se se espera que a AIR, ao contrário do que se tem visto com a proporcionalidade, seja levada a sério.

E mais: se as estruturas forem semelhantes, é possível que operações típicas de uma AIR sejam utilizadas em um exame de proporcionalidade, o que poderia contribuir para um uso mais adequado ao seu referencial teórico. Aliás, se proporcionalidade e AIR contarem com algumas semelhanças relevantes, fazer uma análise de impacto regulatório pode ser um modo de responder ao controlador que pretende decidir sobre a validade do ato/norma que examina utilizando o exame de proporcionalidade. Se, por exemplo, o Poder Judiciário pretende controlar, por meio de argumentação apoiada em princípios jurídicos, uma norma regulatória que passou por AIR, aquele que praticou o ato poderia defendê-lo dizendo que o controle que será feito passará, se observado o que dispõe o artigo 20 da LINDB (que exige nesse caso a consideração das consequências práticas da decisão), por uma operação muito semelhante àquela já empreendida para a prática do ato.

De outra parte, especialmente quando aproximações estruturais não se fizerem presentes, talvez seja possível notar distanciamentos mais fortes entre os instrumentos. Além disso, mesmo quando essas aproximações existirem, pode-se cogitar se o modo específico de funcionamento de cada um deles tem potencial para levar a diferenças na neutralização dos seus problemas (por exemplo, constringendo mais o decisor a seguir com rigor determinados passos, ou fornecendo de modo mais automático metodologias para lidar com alguns deles). A AIR poderia gozar desse benefício. Alguns dos problemas que serão vistos no Capítulo 2, porém, indicam que se deve no mínimo ser cauteloso quanto a esta hipótese.

Em síntese, pretende-se investigar, no presente trabalho, se análise de impacto regulatório e proporcionalidade guardam entre si aproximações relevantes, bem como os distanciamentos que podem enfraquecer esta possível relação de proximidade entre ambas. Suspeita-se que as aproximações serão tão mais relevantes quanto mais fortes forem as similaridades estruturais. As análises que serão empreendidas levarão em conta comparações entre equivalentes, evitando-se colocar lado a lado uma proporcionalidade “ideal” e uma AIR “retórica”, ou o contrário – há um roteiro bem estabelecido sobre os passos que um exame de proporcionalidade e uma AIR devem percorrer; e há problemas associados a cada uma delas. Reconhece-se, ainda, que tomar a proporcionalidade tal como ela é aplicada no Direito brasileiro para calibrar as expectativas sobre a utilização (mais recente e cada vez mais incentivada) da AIR pode não ser uma projeção das mais otimistas, considerando-se a total falta de rigor com que aquele exame tem sido usado. Até mesmo por isso o foco é buscar aproximações e distanciamentos que dizem mais com o modo de operacionalização das ferramentas.

Feitas essas considerações, algumas observações adicionais sobre o pragmatismo jurídico, bem como sobre o itinerário de sua recepção pelo nosso Direito Público, são necessárias, por razões de precisão conceitual e de caracterização mais robusta da virada pragmática que se aponta.

Considerando-se que a expressão pragmatismo jurídico “tem sido empregada de formas bastantes distintas, em certos casos até opostas”²⁸, e levando-se em conta que, mais ainda, a sua própria finalidade como empreendimento teórico é disputada²⁹, é preciso reforçar que a descrição que se faz neste trabalho, de uma inclinação pragmática que marca o Direito Público brasileiro, corresponde à vertente desta teoria que discute como juízes³⁰ devem decidir *e que atribui às consequências práticas da decisão papel central nesta tarefa*.

A centralidade das consequências práticas não significa, ao menos na versão do pragmatismo jurídico de Richard Posner, provavelmente seu mais conhecido teórico, a consideração, *a qualquer custo*, dos efeitos imediatos da decisão para o caso específico em análise: uma abordagem dessas seria “não pragmática” ao desconsiderar as consequências

²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 173.

²⁹ Teoria descritiva sobre o que juízes levam em consideração ao decidir, maneira de compreender o fenômeno jurídico diante de outros fenômenos e teoria normativa da decisão judicial são algumas das verificadas. *Ibidem*, p. 174.

³⁰ Sem prejuízo da expansão do rótulo para as autoridades administrativas e de controle, quando decidem, bem como para os órgãos e entidades da administração pública federal, em seus processos normativos decisórios.

sistêmicas adversas de uma adjudicação *ad hoc* ilimitada³¹. É por isso que, ao estabelecer alguns “princípios da adjudicação pragmática”, o autor afirma que um juiz pragmático deve dar a devida atenção aos valores políticos e sociais da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais³². Isto significa, na prática, que as consequências sistêmicas atuam como limite da consideração das consequências internas ao caso: “o juiz deve procurar a melhor solução prática para o caso *desde que* isso não implique prejudicar de forma excepcional a estabilidade proporcionada pelo direito”³³.

A despeito deste freio, as consequências internas ao caso não deixam de ter papel central para o pragmatismo jurídico, sendo tão importantes, segundo Posner, quanto os demais materiais “convencionais” (como o texto legal) que estão à disposição de autoridades para a justificação de suas decisões³⁴.

O argumento das consequências sistêmicas como limite à consideração das consequências internas ao caso é, diga-se, parte do esforço de Richard Posner de emprestar à teoria que desenvolve refinamento que permita sua distinção de uma orientação que, tão somente, recomende a juizes que fiquem atentos aos efeitos de suas decisões³⁵. Junto àquele, outros “princípios” são apresentados por mencionado autor e dão os contornos principais de sua teoria, como o olhar voltado para o futuro (não se reconhece um dever de consistência com o passado *por si só*; honrar precedentes e decisões legislativas é importante, mas porque essa continuidade é um valor social)³⁶ e a orientação empírica³⁷.

O ponto que se quer destacar é que, ainda que a expressão seja empregada de formas bastante distintas e em certos casos até opostas, o que talvez explique a sua caracterização como rótulo amorfo “por diversos autores auto-proclamados “pragmatistas””³⁸, a orientação para que autoridades considerem as consequências práticas da decisão a ser tomada no caso concreto é um traço marcante do pragmatismo jurídico como teoria normativa da decisão judicial.

³¹ POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Londres: Cambridge, 2003, p. 60.

³² **Ibid.**, p. 61

³³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 186.

³⁴ POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Londres: Cambridge, 2003, p. 82.

³⁵ A necessidade de um refinamento para além da centralidade das consequências práticas é apontada pelo autor em POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Londres: Cambridge, 2003, p. 59.

³⁶ **Ibid.**, p. 71.

³⁷ **Ibid.**, p. 75.

³⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, pp. 173/174.

A descrição que se faz neste trabalho, de uma inclinação pragmática, tem a ver justamente, apesar de não só, com esta vertente do pragmatismo jurídico, e em grande parte com este aspecto relevante seu: o Direito Público brasileiro hoje confere *declarada* importância às consequências práticas das decisões de autoridades/reguladores, especialmente quando elas recorrem a princípios jurídicos como razão de decidir. As mencionadas alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro são importantes exemplos disso. Pensando em processo decisório normativo, a obrigatoriedade de realização de AIR prevista na Lei da Liberdade Econômica e na Lei Geral das Agências Reguladoras também retrata o mesmo fenômeno. Se este se trata de aspecto dominante, parece natural que algumas outras características, como o olhar voltado para o futuro e a orientação empírica, também se façam presentes. E isto basta para a compreensão dos traços atuais que se quis destacar de nosso Direito Público, sem que seja necessário entrar em discussões sobre as propriedades necessárias e suficientes à conceituação do pragmatismo jurídico, ou sobre a relevância, para ele, do pragmatismo filosófico. Também não é objeto deste trabalho a análise da compatibilidade de argumentos consequencialistas com o Estado de Direito³⁹. Parte-se do mundo como ele é: decisões que se apoiam em consequências práticas são proferidas e, hoje, encorajadas no Direito Público brasileiro.

Ao se caracterizar as consequências como *práticas*, o que se pretende é diferenciá-las daquelas que emanam como *implicações jurídicas* de decisões, quer dizer, daquelas que são diretamente produzidas pela aplicação da norma incidente no caso.

Se, por exemplo, determinado ato administrativo foi editado em desconformidade com os materiais do ordenamento jurídico que balizam sua edição, ele, a menos que se esteja diante da possibilidade de convalidação, será anulado. A sua anulação é uma consequência *direta* da aplicação da norma incidente – por exemplo, do artigo 53 da Lei Federal n.º 9.784/97⁴⁰, que dispõe que a Administração Pública Federal deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade; ou do artigo 51, *caput*, da Lei fluminense n.º 5.427/2009, que diz basicamente o mesmo.

Pode-se imaginar um caso, porém, em que, a despeito de não se estar, a princípio, diante de um ato ilegal passível de convalidação, a sua anulação traria mais prejuízos, sob

³⁹ Como fez Diego Arguelhes, em ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 27/05/2019.

⁴⁰ BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 17/04/2019.

determinado(s) ponto(s) de vista, do que a sua manutenção. Num cenário desses, considerar as consequências práticas que adviriam da anulação do ato e compará-las, sob determinado critério, com aquelas que resultariam de sua manutenção seria postura admitida, e até mesmo encorajada, pelo pragmatismo jurídico de que se fala.

A implicação jurídica da decisão nestas situações (a manutenção do ato ilegal, no exemplo) terá sido fruto de considerações do tomador da decisão sobre as consequências práticas do provimento que expediu, bem como sobre as que resultariam de outras decisões possíveis (a anulação do ato ilegal, no exemplo), *num olhar orientado para o futuro*. Terá sido fruto, mas não se confunde com elas. Esta análise, expressamente encorajada ou não pela legislação⁴¹, é prospectiva, e indaga que tipos de efeitos a própria decisão, bem como outras decisões possíveis, causarão no mundo, sendo selecionado o par “decisão-efeitos” a partir de algum critério normativo que possa ser reconduzido ao ordenamento jurídico. Este tipo de processo de justificação, de caráter prospectivo, se diferencia daquele mais ordinariamente associado à tomada de decisão no Direito, de olhar retrospectivo, em que se pergunta qual a resposta que “o Direito dá” para determinado fato já ocorrido, ou ato já praticado, diante de determinadas circunstâncias que marcam estes acontecimentos.

Dito isso, não obstante se possa considerar as recentes mudanças promovidas na LINDB como a cristalização normativa deste momento de inclinação pragmática do Direito Público brasileiro, o início deste processo pode ter se dado anos antes.

Como se disse, Gustavo Binembojm, ao tratar das repercussões do pragmatismo sobre o direito administrativo contemporâneo, descreve o “giro pragmático” por que passou e ainda passa⁴² o direito administrativo brasileiro. A descrição que faz, diferentemente daquela apresentada por Leal e Arguelhes, para quem é apenas limitada esta relevância⁴³, reconhece maior importância na influência do pragmatismo filosófico sobre o pragmatismo jurídico⁴⁴: este seria, na leitura que Binembojm faz do fenômeno brasileiro, influenciado de modo mais forte

⁴¹ A Lei fluminense n.º 5.427, de 01º de abril de 2009, por exemplo, prevê a possibilidade, em seu artigo 52, parágrafo único, inciso III.

⁴² Esta guinada pragmática, aponta o autor, não é obra acabada, mas processo em curso, em tendência que tem por finalidade “adequar a prática administrativa brasileira aos desafios e exigências de um mundo cada vez mais complexo e em permanente transformação”. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62.

⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In*: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, pp. 176/181.

⁴⁴ Estas características são o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo. Para outras visões acerca da relação entre pragmatismo filosófico e pragmatismo jurídico, ver POSNER, Richard A.: **Law, Pragmatism, and Democracy**. Londres: Cambridge, 2003, pp. 57/59, e MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 50/51.

pelas três características marcantes daquele: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.

Segundo o referido autor, o fenômeno surge nos anos 1990, com as políticas de reforma do Estado, “como mola propulsora de mudanças voltadas ao enfrentamento de problemas concretos e à consecução de resultados práticos”⁴⁵. Tendo como marco jurídico a Emenda Constitucional n.º 19/98, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa, a postura pragmática se fez presente no discurso gerencialista que inspirou as privatizações de empresas estatais, a desestatização de serviços públicos e a criação de agências reguladoras independentes⁴⁶. As leis que institucionalizaram as parcerias público-privadas em sentido amplo, nos campos econômico e social, teriam seguido a mesma inspiração⁴⁷.

As alterações no desenho institucional do Estado-Administração então promovidas foram resultado, segundo Gustavo Binbenbojm, de uma imposição pragmática das circunstâncias às concepções ideológicas e teóricas até então reinantes⁴⁸. Assim foi que, aos poucos, mas não de forma linear, o direito administrativo foi se convertendo em um “saber tecnológico, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores consequências práticas”, adotando o olhar prospectivo e contextualizado do pragmatismo⁴⁹.

Uma mudança de perspectiva deste tamanho não seria pouco e, em nosso país, pode ser considerada ainda mais relevante, tendo em vista o papel que o direito administrativo desempenha como teoria geral do direito público⁵⁰.

Dois dos exemplos apontados por Binbenbojm em que esta mudança do direito administrativo se nota são, justamente, (i) as avaliações de impacto regulatório, centradas no levantamento de custos, benefícios e efeitos colaterais de medidas estatais, e (ii) a redefinição dos parâmetros do controle judicial dos atos administrativos, fundado não apenas em normas, mas também nos efeitos concretos e sistêmicos que o controle pode acarretar⁵¹.

Em palavras que remetem às três características que, se costuma apontar, marcam o pragmatismo filosófico⁵², o autor apresenta o itinerário do pragmatismo jurídico-administrativo: “basear conceitos, proposições e decisões no exame de suas consequências

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 61.

⁴⁶ **Id.**

⁴⁷ **Id.**

⁴⁸ **Ibid.**, p. 62.

⁴⁹ **Id.**

⁵⁰ Um efeito do trabalho dos tratadistas, tradição de que somos herdeiros, como alerta Binbenbojm. *Ibidem*, p. 60.

⁵¹ **Ibid.**, p. 62.

⁵² Estas características são, de trás para frente se considerarmos o fragmento transcrito, o “antifundacionalismo”, o “contextualismo” e o consequencialismo.

práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis”.

Este processo descrito por Gustavo Binjenbojm, como ele mesmo afirma, representa uma guinada pragmática que não é obra acabada, mas processo em curso⁵³. A manifestação atual desta tendência é representada pelas normas inseridas na LINDB em 2018, especialmente seu artigo 20, que alude à necessidade de consideração das consequências práticas da decisão (judicial, administrativa ou de controle) que pretenda fundamentar-se em valores jurídicos abstratos. Além disso, também confirma esta tendência a previsão contida na Lei da Liberdade Econômica e na Lei Geral das Agências Reguladoras que torna obrigatória a realização da análise de impacto regulatório (diferenças entre ambas serão comentadas em 2.2).

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 60.

⁵³ **Ibid.**, p. 62.

2 AIR E PROPORCIONALIDADE: DIFUSÃO E ESTRUTURA

2.1 Proporcionalidade: difusão

Opta-se por utilizar, neste trabalho, a expressão “exame” de proporcionalidade. Princípios, “segundo uma visão convencional, apontam para a realização de estados de coisas sem determinar os meios que devem ser aplicados para promovê-los”⁵⁴. Para Robert Alexy, eles são comandos a serem otimizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁵⁵. Se adotarmos estes parâmetros, a proporcionalidade não é um princípio: ela não aponta para a realização de certos estados de coisas, nem “tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicada de forma constante, sem variações”⁵⁶. O que faz é fornecer uma metodologia de solução de casos em que normas jurídicas com estrutura de princípio se chocam.

Num exemplo simplificado, apenas para ilustrar a observação, se determinada lei exige dos vendedores a pesagem de botijões de gás na presença de seus adquirentes, a proporcionalidade propõe-se a avaliar se se justifica a promoção da defesa do consumidor, às custas da liberdade de iniciativa⁵⁷. Estas duas normas – promoção da defesa do consumidor e liberdade de iniciativa – apontam para a realização de determinados estados de coisas, e a proporcionalidade é o procedimento de tomada de decisão que será usado para lidar com as tensões entre os dois alegados valores constitucionais no caso concreto, dadas as suas circunstâncias. Em outras palavras, ela guiará a otimização das duas normas na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁵⁸.

Para os fins deste estudo, portanto, o foco é na proporcionalidade como estrutura, como meta-regra⁵⁹ que pretende orientar a solução de casos em que normas com estrutura de princípio se chocam, e não em sua importância para o Direito, que parece ser o critério para definição de uma norma como princípio que se utiliza para enquadrá-la nesta espécie normativa.

⁵⁴ LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. **JOTA**, 01º out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>>. Acesso em: 01º abril 2019.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **On The Structure of Legal Principles**. Ratio Juris 13. 2000, p. 295 e pp. 300/301.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. v.798. 2002, p. 25.

⁵⁷ A questão foi enfrentada pelo STF na ADI 855-2.

⁵⁸ Segundo Virgílio Afonso da Silva, para Alexy, estas sim devem ser classificadas como regra. Isso faz com que o citado autor, neste trabalho, partindo da definição de princípios de Robert Alexy, afirme que a proporcionalidade é uma regra, e não um princípio, no que diz respeito à sua estrutura. *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁹ Como diz Alexy, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo; o que se indaga é se elas foram satisfeitas ou não. Por isso, elas devem ser consideradas como regras. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 117.

O exame de proporcionalidade tem origem em desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão no final dos anos 1950, na revisão de leis restritivas de direitos fundamentais⁶⁰. Na verdade, a literatura identifica uma origem remota do exame nos tribunais administrativos da Prússia, no século XIX⁶¹. Sob a Constituição promulgada em 1949, a Corte Constitucional alemã, estabelecida em 1951, logo começou a aplicar o exame para leis limitadoras de direitos fundamentais (em suas primeiras decisões, sem explicar de que modo a Lei Fundamental exigiria que a limitação de direitos fosse proporcional, e sem especificar como a proporcionalidade operaria)⁶².

Como método explícito de interpretação constitucional, Aleinikoff rastreia o “balancing”, a versão americana da proporcionalidade, a decisões judiciais proferidas no final dos anos 1930 e início dos 1940 (seria possível até mesmo identificar algumas menções embrionárias a ele em decisões ainda mais antigas, na década de 1920)⁶³.

Hoje, a ferramenta permeia a prática de diversos sistemas jurídicos⁶⁴. A incorporação pelo direito constitucional alemão após a Segunda Guerra Mundial, e posterior adoção pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ajudou a difundir a proporcionalidade pelo continente europeu (incluindo a Europa Oriental), bem como pelo Reino Unido⁶⁵.

Ao final dos anos 1990, virtualmente todos os sistemas efetivos de justiça constitucional no mundo adotaram as principais características do exame de proporcionalidade⁶⁶. Ele foi adotado, por exemplo, em países como Canadá, Israel, África do Sul, Austrália, Nova Zelândia, Brasil, Índia e Coreia do Sul⁶⁷, tendo migrado até mesmo para os três regimes “baseados em tratados” que poderiam ser considerados *constitucionais* em algum sentido significativo: a União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Organização Mundial do

⁶⁰ GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v.57. 2007, p. 384/385.

⁶¹ **Id.**

⁶² **Ibid.**, p. 385.

⁶³ ALEINIKOFF, Alexander. **Constitutional Law in the Age of Balancing**. 96 Yale Law Journal, v. 943. 1987, p. 948.

⁶⁴ É a abordagem pressuposta ou mesmo afirmada expressamente em textos como JACKSON, Vicki C.. **Constitutional Law in an Age of Proportionality**. The Yale Law Journal, 2015, p. 3096; ONDREJEK, Pavel. **Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality**. European Public Law 20, no. 3 (2014), p. 451; KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement, p. 145. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007; COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 465.

⁶⁵ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 465.

⁶⁶ STONE SWEET, Alec; MATHEWS. **Jud. Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism**. Columbia Journal of Transnational Law. v.47. 2008, p.75.

⁶⁷ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 465.

Comércio⁶⁸.

Cohen-Eliya e Porat listam, para depois sugerirem uma nova, algumas das razões apontadas pela literatura para a ampla difusão/aceitação da proporcionalidade pelo mundo ⁶⁹: (i) baseada em standards, ela permite flexibilidade no desenvolvimento do direito e não vincula a Corte a um determinado caminho, o que é particularmente importante para sistemas constitucionais que ainda estão em seus anos iniciais de formação⁷⁰; (ii) é especialmente útil para mitigar conflitos em sociedades divididas, já que enfatiza fatos, ao invés de disputas normativas⁷¹; (iii) é bem-sucedida na criação de uma linguagem comum de direito constitucional global: é geral o suficiente, e ainda capta algo essencial sobre adjudicação constitucional⁷²; (iv) permite, num argumento sobre as disputas institucionais por poder, que as cortes ampliem sua esfera de interferência sobre os representantes eleitos⁷³.

Já a sugestão feita pelos autores se baseia, em suas palavras, em uma explicação intrínseca, ao invés de instrumental, para a difusão da proporcionalidade: o movimento global em direção à proporcionalidade seria um movimento global em direção à *justificação*⁷⁴. Esta “cultura da justificação” seria diferente de uma “cultura da autoridade”, porque nela a autorização para agir é apenas condição necessária, mas não suficiente à legitimidade e à legalidade de seus atos. Um componente crucial na legitimidade e legalidade da ação governamental para esta cultura é que ela se justifica em termos de sua racionalidade e razoabilidade⁷⁵.

Para apoiar a descrição que fazem das razões da ampla difusão da proporcionalidade –

⁶⁸ STONE SWEET, Alec; MATHEWS. **Jud. Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism.** Columbia Journal of Transnational Law. v.47. 2008, p.75.

⁶⁹ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification.** The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 466.

⁷⁰ Referidos autores criticam esta descrição, dizendo, entre outras coisas, que há quem use proporcionalidade, apesar de contar com uma jurisprudência constitucional já desenvolvida, como a Alemanha, e que houve quem começasse sua prática constitucional já com uma doutrina de “categorization”, e não orientada por standards, desenvolvendo o uso da proporcionalidade mais tarde, como Israel. **Ibid.**, p. 470.

⁷¹ A crítica dos autores para esta explicação se relaciona ao que chamam de ‘forte elemento de indeterminação na avaliação de fatos’, especialmente em razão da necessidade de se considerar as consequências de longo prazo na proporcionalidade, o que poderia mudar as lentes da questão para uma discussão sobre formulação de políticas, mais suscetível a suposições normativas subjetivas **Ibid.**, p. 471.

⁷² A crítica dos autores a esta explicação para a ampla difusão e aceitação da proporcionalidade é, em resumo, a seguinte: uma linguagem comum de direito constitucional também poderia ser alcançada por meio de outras estratégias que não a proporcionalidade, de caráter mais categórico, e menos de standard. **Ibid.**, p.473.

⁷³ Os autores apresentam objeção também a esta explicação, ao dizerem que ela parece desconsiderar que a aplicação da proporcionalidade é geralmente aceita pelo público por seus representantes como exercício legítimo da autoridade judicial. **Ibid.**, p. 474. Na verdade, esta objeção dos autores, parece, não é uma à constatação de que cortes expandiram sua esfera de interferência sobre outros Poderes, mas à caracterização de isto como algo ruim e não aceito pelos cidadãos e por seus representantes.

⁷⁴ **Ibid.**, p. 474.

⁷⁵ **Ibid.**, p. 475.

o surgimento de uma cultura de justificação –, Cohen-Eliya e Porat destacam algumas características dos sistemas constitucionais ocidentais pós Segunda Guerra Mundial, que incluem: uma concepção ampla de direitos; uma ampla adoção de interpretação constitucional com ênfase em princípios e valores, ao invés do texto; barreiras fracas à revisão substantiva de atos do poder público; e ausência de áreas e ações em relação aos quais governos não têm de fornecer justificações⁷⁶. O mais importante, segundo os autores, é que esses sistemas envolvem uma forma de revisão judicial em dois estágios: identificação da violação do direito e justificação da violação, com uma ênfase neste segundo⁷⁷.

Sweet e Mathews elencam três razões básicas para a influência da proporcionalidade na adjudicação contemporânea de direitos: (i) as normas que preveem direitos são relativamente abertas⁷⁸; (ii) muitas das constituições pós-Segunda Guerra Mundial preveem inequivocamente que a maioria dos direitos não são absolutos, mas sujeitos a serem limitados por outro valor de estatura constitucional⁷⁹ (“limitation clauses”); (iii) muitas das constituições, teorias ou entendimentos jurisprudenciais demandam que órgãos estatais trabalhem para proteger ou realçar o gozo de direitos⁸⁰.

Em síntese, a proporcionalidade está presente na prática de diversos sistemas jurídicos mundo afora, por motivos que a literatura, de modo por vezes convergente, apresenta. Entre eles, é possível incluir, e provavelmente com peso decisivo, o desenvolvimento da Teoria dos Princípios por Robert Alexy. A conexão entre direitos e análise de proporcionalidade, afirma Kumm, foi submetida a uma análise rigorosa por Alexy, que desenvolveu sua teoria de direitos fundamentais como uma explicação reconstrutiva da prática do Tribunal Constitucional alemão⁸¹.

Para Alexy, princípios são comandos a serem otimizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes⁸². A proporcionalidade é a ferramenta utilizada para a otimização dos princípios: as suas etapas da adequação e da necessidade guiam a otimização dos princípios diante das possibilidades fáticas (as circunstâncias do caso concreto), e a proporcionalidade em sentido estrito orienta o mesmo processo diante das

⁷⁶ *Ibid.*, p. 463.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ STONE SWEET, Alec; MATHEWS. *Jud. Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism*. *Columbia Journal of Transnational Law*. v.47. 2008, p. 90.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 91.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁸¹ KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement*, p. 136. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007.

⁸² ALEXY, Robert. *On The Structure of Legal Principles*. *Ratio Juris* 13. 2000, p. 295 e 300/301.

possibilidades jurídicas (as outras normas relevantes incidentes no caso), se superadas as duas primeiras⁸³.

Então, sempre que há um conflito entre um princípio e interesses a ele contrapostos, o exame de proporcionalidade pretende fornecer os critérios para se determinar quais preocupações têm precedência dadas as circunstâncias, por meio de uma estrutura analítica que permite avaliar se os limites impostos à realização de um princípio num contexto particular se justificam⁸⁴.

É por isso que, para Mattias Kumm, a ligação entre “direitos constitucionais como princípios” e proporcionalidade não é uma de conveniência institucional, mas de necessidade conceitual. O fato de princípios serem comandos a serem otimizados significa que sua aplicação requer uma análise de proporcionalidade. E se direitos fundamentais são princípios, e, portanto, comandos a serem otimizados, a proporcionalidade fornece uma estrutura analítica para avaliação das condições necessárias e suficientes sob as quais um direito tem precedência sobre as considerações a ele concorrentes⁸⁵. Segundo referido autor, o fato de, hoje, a linguagem dos direitos humanos e constitucionais ser usada para sujeitar praticamente todos os atos de autoridades públicas que afetam os interesses dos indivíduos à revisão da proporcionalidade, e não apenas aqueles interesses incluídos nos catálogos clássicos de direitos, decorre da concepção de “direitos como princípios” e de sua relação de necessidade conceitual com a proporcionalidade: se tudo o que se tem em virtude de se ter um direito é uma posição cuja força, em qualquer contexto particular, é determinada por um exame de proporcionalidade, não existiriam razões óbvias para se definir de forma restrita o escopo dos interesses protegidos como direitos⁸⁶.

Alexy afirma expressamente esta relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio dos direitos fundamentais e a máxima da proporcionalidade, ao explicar as razões da ubiquidade da ponderação no direito: se a constituição garante direitos constitucionais, então muitas, ou mesmo todas as decisões legais restringindo a liberdade de indivíduos têm de ser entendidas como interferências em direitos constitucionais. Interferências em direitos constitucionais, porém, só são admissíveis se são justificadas, e são justificadas apenas se são

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 117.

⁸⁴ KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement, p. 137. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007.

⁸⁵ **Id.**

⁸⁶ **Ibid.**, p. 140.

proporcionais⁸⁷. Como diz Silva, apresentando um conceito preliminar de proporcionalidade, esta é uma regra de interpretação e aplicação do direito “empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”.⁸⁸

2.2 AIR: difusão

De acordo com clássica definição adotada pela OCDE, a análise de impacto regulatório é uma ferramenta sistemática usada para examinar e medir os benefícios, custos e efeitos prováveis de uma nova, ou existente regulação⁸⁹. Mais do que isso, a AIR pretende ser tanto uma ferramenta, como um processo de decisão que informa o tomador de decisão sobre *se e como* regular para atingir objetivos de políticas públicas⁹⁰. Ela seria, assim considerada, um elemento importante de uma abordagem baseada em evidências para o *policy making*.

A despeito de seu nome e de suas definições mais comuns, a aplicação da ferramenta não deve se restringir, necessariamente, à preparação de atos a serem editados por agências reguladoras (ou à revisão deles). Com este, ou ainda que com outros nomes, ela pode ser utilizada por qualquer órgão ou entidade que pretenda editar atos que podem afetar direitos ou obrigações de terceiros. Há quem proponha, por exemplo, que ministros do STJ, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança feitos no âmbito do Direito Regulatório, utilizem uma decisão de segunda ordem, com base em um critério de “justificação de segunda ordem” pautada na isonomia, e apliquem etapas de uma análise de impacto regulatório⁹¹.

Não se pode negar, porém, que a ferramenta está ligada de modo importante ao trabalho de agências reguladoras ou de órgãos e entidades responsáveis por editar normas que podem ser consideradas *regulação* (mesmo sendo controvertido o conceito).

Em sua origem, a AIR faz parte de um processo de fortalecimento da governança regulatória. A OCDE já afirmou ser a ferramenta apenas parte de um sistema de gestão da

⁸⁷ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, p. 436.

⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. v.798. 2002, p. 25.

⁸⁹ OCDE. **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**, Version 1.1 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

⁹⁰ OCDE. **Regulatory Impact Analysis: a Tool for Policy Coherence**, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris, 2009. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page14>. Acesso em: 02 maio 2019.

⁹¹ KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório**. 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

qualidade da regulação, mas uma parte importante sua⁹². Em estudo sobre a contribuição que a AIR pode dar à “melhor regulação” em países em desenvolvimento, Kirkpatrick e Parker argumentam que, se a regulação estatal tem por objetivo promover o bem-estar econômico e social, é preciso que ela seja efetiva, atingindo os objetivos propostos, e eficiente, o fazendo ao menor custo (tanto o dirigido ao Governo, quanto o de *compliance* por parte dos agentes econômicos) – haveria, isto considerado, um argumento convincente em favor da avaliação sistemática dos impactos positivos e negativos de qualquer alteração regulatória⁹³.

Se voltarmos um pouco mais no tempo, em março de 1995, o Conselho da OCDE adotou uma “Recomendação sobre o Aprimoramento da Qualidade da Regulação Governamental”; entre os dez pontos listados no documento, o uso sistemático da AIR foi considerado item fundamental. Aproximadamente dois anos depois, em maio de 1997, os países membros da OCDE aprovaram o “Relatório sobre Reforma Regulatória”, que recomendou governos a integrarem a análise de impacto regulatório no desenvolvimento, revisão e reforma de regulações⁹⁴.

Salgado e Borges, ao tratarem da origem da AIR, afirmam que as preocupações consolidaram-se numa espécie de doutrina normativa acerca do que é a “boa regulação”, o que deu ensejo a um rol de regras de governança regulatória em que presentes prestação de contas, transparência, utilização do princípio da proporcionalidade e da economicidade, foco nos objetivos e consistência⁹⁵. Segundo os referidos autores, “todos estes fundamentos que foram elaborados e acabaram por gerar uma doutrina normativa da boa regulação, em meados dos anos 1990, estão na origem da AIR e a fundamentam”⁹⁶. Auxiliando o regulador a focar nas balizas legais de sua atividade, a ferramenta pode ser entendida, de acordo com Salgado e Borges, como “um conjunto de recomendações de procedimentos a serem adotados para melhor informar o processo de tomada de decisão em regulação”⁹⁷.

Na primeira década do século XXI, as discussões sobre o tema se intensificaram. A OCDE, por exemplo, publicou diversos documentos sobre o assunto: “Inventário AIR”; “AIR em Países OCDE e Desafios para Países em Desenvolvimento”; “Indicadores de Sistemas de

⁹² OCDE. **Regulatory Impact Analysis: a Tool for Policy Coherence**, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris, 2009, p. 03. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page14>. Acesso em: 02 maio 2019.

⁹³ KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. **Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries**. Public Admin. Dev., 24, 2004, p. 336.

⁹⁴ OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices In OECD Countries**, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

⁹⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: Uma abordagem exploratória**. IPEA. Texto para discussão n.º 1463. 2010, p. 08.

⁹⁶ **Id.**

⁹⁷ **Ibid.**, p. 07.

Gestão Regulatória”; “Construindo uma Estrutura Institucional para a Análise de Impacto Regulatório: Orientação para Elaboradores de Políticas”; “Manual Introdutório para Realizar a Análise de Impacto Regulatório”; “Análise de Impacto Regulatório: Uma Ferramenta para Coerência de Políticas”⁹⁸.

Também a Comissão Europeia, após optar, em 2002, por adotar um conjunto de medidas de reformas regulatórias, passou a editar guias sobre avaliação de impacto que foram incorporados em seu processo normativo. À Comissão compete, no processo legislativo ordinário da U.E., apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus. Desde 2001, mencionado Órgão tem se mostrado comprometido a empreender uma análise, baseada em evidências, dos impactos de todas as suas principais propostas legislativas, considerando os seus potenciais custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, dentro e fora da União Europeia⁹⁹.

No Brasil, a preocupação com a melhoria do funcionamento do sistema regulatório e com a qualidade da regulação foi objeto do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão e Regulação (PROREG), instituído em 2007 pelo Decreto Federal n.º 6.062. Permitindo a difusão de uma cultura de “melhores práticas”, o PROREG contribuiu para a discussão e a paulatina adoção de práticas que visam àqueles objetivos, como a AIR e a as audiências e consultas públicas (ainda que não estejam, todas, livres de problemas).

A discussão sobre a ferramenta, com isso, ganhou cada vez mais a atenção de juristas no meio acadêmico brasileiro. José Vicente Santos de Mendonça, por exemplo, em 2010, situava o debate a respeito da AIR em um ambiente de virada pragmatista no Direito Público, e afirmava ser ela um “instrumento mais próximo ao discurso da economia, da teoria da administração e da ciência política, mas que merece ser estudado por operadores institucionais do Direito”¹⁰⁰. Para o autor, passado um período inicial de institucionalização das agências reguladoras no país, a agenda dos anos seguintes voltar-se-ia não mais a saber se elas possuem base constitucional ou se seu poder normativo é admissível, mas à qualidade da regulação e à governança regulatória – para que essas análises sejam possíveis, porém, é preciso técnica de avaliação, e a AIR se proporia a sê-la:

⁹⁸ Todos podem ser encontrados na seguinte base de dados: <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>>. Acesso em 20 set. 2019.

⁹⁹ KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. **Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments.** *Impact Assessment and Project Appraisal*, 24:1, 23-33, 2006. DOI: 10.3152/147154606781765327. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁰⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-regulad>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

De modo genérico, a Análise de Impacto Regulatório é um conjunto de procedimentos administrativos que, servindo a avaliar uma regulação nova ou já existente, inclui (i) a qualificação e a coleta de dados a respeito das possíveis consequências – positivas e negativas – dos atos regulatórios; (ii) a adoção de um critério de valoração a respeito de tais consequências; (iii) a efetiva avaliação delas, e (iv) a adoção ou rejeição do ato regulatório, ou mesmo sua correção de rumo.¹⁰¹

Embora não se contasse, então, com lei geral dispondo sobre obrigatoriedade de sua realização, atos internos de algumas agências reguladoras sustentavam o uso da ferramenta por essas entidades. São exemplos disso: para a ANVISA, no contexto da edição da Portaria n.º 422/2008, o Guia de Boas Práticas Regulatórias, em que previstas as linhas gerais da proposta de implantação da AIR; para a ANEEL, a Portaria n.º 2.181/2012, que entregou a Comissão Técnica a atribuição de elaborar resolução normativa para formalizar a instituição de AIR na entidade; para a ANATEL, o artigo 62, parágrafo único da Resolução n.º 612/2013 (que aprova seu regimento interno); para a ANAC, o artigo 2º, § 1º, III da Instrução Normativa n.º 61/2012 (que estabelece procedimentos gerais para realização de análise preliminar à proposição de atos normativos e decisórios).

Recentemente, a AIR ganhou *status* legal em nosso país, e não só no âmbito regulatório. Começando por este, ainda que agências reguladoras brasileiras já tenham realizado diversas AIR's, pesquisa feita pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais – SAG (Casa Civil/Presidência da República), em 2017, apontou que essas entidades utilizam elementos da ferramenta, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade. Referido estudo resultou de um questionário enviado, naquele ano, às próprias agências e por elas respondido. Algumas das conclusões gerais do mapeamento, apontadas no número 56 da Nota Técnica n.º 4/2017/AESP/SAG/CC-PR¹⁰², mostram como que o uso da AIR pelas agências reguladoras federais apresenta problemas, mesmo sendo elas as entidades que, em tese, teriam maior “capacidade” para usá-la.

O objetivo da realização do estudo empreendido pela SAG era regulamentar o tema, para o caso de o Projeto de Lei n.º 6.621/2016, já aprovado pelo Senado, contar com a mesma sorte na Câmara dos Deputados. Recentemente, com a aprovação de referido Projeto de Lei, foi editada a chamada “Lei Geral das Agências Reguladoras” (Lei Federal n.º 13.848/2019).

¹⁰¹ **Id.**

¹⁰² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Documentação Produzida para Construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR**. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/nota-tecnica-consulta-publica-001-2017.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2018.

A Lei Geral das Agências Reguladoras trata, em seu artigo 6º, da análise de impacto regulatório, dispondo que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, *nos termos de regulamento*, da realização de AIR, a conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar.

Também em 2019, outra previsão geral para realização de AIR foi aprovada, aparentemente bastante semelhante àquela contida na Lei Geral das Agências Reguladoras. Resultado da conversão da Medida Provisória n.º 881/2019, a chamada “Lei da Liberdade Econômica” torna a realização da análise de impacto regulatório obrigatória para órgãos e entidades da administração pública federal, quando pretendam editar ou alterar atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. A análise deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo, para verificação da razoabilidade do seu impacto econômico (artigo 5º, *caput* e parágrafo único da Lei).

A redação dos dispositivos, como se indicou acima, é aparentemente semelhante, mas revela duas importantes diferenças: a previsão contida na Lei da Liberdade Econômica é mais abrangente quanto a seus destinatários, e mais específica em relação aos objetivos que pretende promover, se comparada, sob esses dois aspectos, com a Lei Geral das Agências Reguladoras. Primeiro, a Lei da Liberdade Econômica dirige-se a órgãos e entidades da Administração Pública federal, de modo que, por exemplo, mesmo ministérios e autarquias comuns estão obrigados à realização de AIR quando da edição de atos normativos que possam influir sobre direitos e obrigações de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados – o comando não se limita às agências reguladoras. Além disso, os objetivos que mencionada Lei visa a promover são imediatamente mais restritos: busca-se, a partir da indicação dos efeitos do ato pretendido, a verificação da razoabilidade de seu impacto econômico (ainda que, por se referir ao “usuário”, possa se dizer que aquela Lei também se preocupa com os direitos fundamentais que são atendidos pela prestação de determinados serviços). Há, assim, no caso da Lei da Liberdade Econômica, uma previsão de utilização da AIR como baliza limitadora do papel do Estado, a impedir que normas cujos impactos econômicos não sejam “razoáveis” sejam editadas (não por outro motivo, aliás, a Lei foi rotulada como *da liberdade econômica*).

Uma semelhança importante que as duas normas guardam, por outro lado, diz respeito à necessidade de regulamento para que as previsões possam constringer minimamente os tomadores de decisão: ambas atribuem a regulamento a tarefa não só de identificar conteúdo, metodologia e quesitos mínimos a serem objeto de exame, mas também os casos em que será obrigatória a realização da AIR e as situações em que poderá ser dispensada. Adicionalmente,

no caso das agências reguladoras, o regimento interno de cada entidade deverá dispor sobre a operacionalização da AIR; a regulamentação da AIR prevista na Lei da Liberdade Econômica, por sua vez, terá de se preocupar com alguma definição daquilo que se considera “razoável”.

Os EUA experimentam discussões relativas à qualidade da regulação há mais tempo. Há algumas décadas, são utilizados instrumentos, como a análise de custo e benefício, para se avaliar os efeitos de medidas propostas para solução de determinada questão regulatória e de suas alternativas¹⁰³.

Referência importante para aquela realidade, mesmo que não se aplique às agências reguladoras independentes, está contida na Ordem Executiva n.º 12.866, emitida em 1993 pelo Presidente Clinton. Esta Ordem Executiva manteve a análise custo-benefício no processo regulatório e também promoveu uma alteração relevante em relação ao ato anterior que tratava do tema (n.º 12.291, de Reagan): ao invés de requerer que as agências demonstrassem que os benefícios da norma a ser editada *excedem* os seus custos, passou-se a prever a necessidade de que aqueles *justifiquem* estes. Assim, se, por um lado, não retirou a ACB do processo regulatório¹⁰⁴, referida Ordem Executiva acomodou expectativas ao abrir a possibilidade de que também razões não apenas imediatamente financeiras sejam capazes de autorizar a edição de uma norma. Num contexto em que a ACB era considerada, por alguns, como um mecanismo de freio à regulação, a mudança mostrou-se relevante, e sinalizou uma tendência que veio a se difundir, de levar às considerações tomadas em ACBs e AIRs questões relativas a bens/direitos não facilmente quantificáveis e monetizáveis.

As agências a ela submetidas devem, de acordo com a Ordem Executiva n.º 12.866, realizar uma análise de impacto regulatório para as ações que são “significativas” nos termos de sua Seção 3 (f) (1), o que a Circular A-4 do *Office of Management and Budget* descreve como “economicamente significativo”¹⁰⁵. Uma ação regulatória é economicamente significativa, nestes termos, se for previsto que ela poderá ter um efeito anual sobre a economia de US \$ 100 milhões ou mais, ou que ela poderá influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor da economia, produtividade, concorrência, empregos, meio

¹⁰³ Essa história é contada em SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking. In: LEVI-FAUR, David. **Handbook on the Politics of Regulation**, Edward Elgar Publishing, 2011, cap. 28.

¹⁰⁴ Como esperavam alguns opositores da ACB, que a enxergavam como uma maneira, principalmente, de frear a regulação.

¹⁰⁵ ESTADOS UNIDOS. CASA BRANCA. **Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)**. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>, pág. 1. Acesso em 14 maio 2018.

ambiente, saúde pública ou segurança, ou governos ou comunidades estaduais ou locais¹⁰⁶.

Por ser o berço das discussões travadas a respeito da necessidade de se levarem em conta os efeitos de normas regulatórias, vale expor, de modo um pouco mais detalhado, a experiência norte-americana nesse empreendimento. Opta-se por fazê-lo a partir do relato de Cass Sunstein sobre aquilo que denomina, dando título ao seu livro recentemente publicado, de “revolução custo-benefício”. Nos últimos cinquenta anos, diz o autor que os EUA experimentaram uma revolução que voltou a atenção de funcionários públicos às consequências humanas de suas ações e deu nova autoridade a *experts*, acima de tudo, em ciência, estatística e economia, além de ter desafiado os desejos de direita e esquerda na maior parte do tempo¹⁰⁷. Como resultado dessa revolução, muitos funcionários públicos trabalhariam, naquele país, sob um princípio simples, que opera como uma pequena emenda constitucional: nenhuma ação deve ser tomada a menos que os benefícios justifiquem os custos¹⁰⁸.

A revolução custo-benefício teve três momentos decisivos, ligados ao trabalho dos presidentes Ronald Reagan, Bill Clinton e Barack Obama. O primeiro momento, e de longe o mais decisivo, segundo Sunstein, veio no governo de Ronald Reagan, em 1981, quando foi editada a Ordem Executiva n.º 12.291, que impôs às agências executivas cinco requisitos gerais no desempenho de suas atividades. Primeiro, o de que decisões administrativas deveriam ser baseadas em informação adequada relativa à necessidade e às consequências da ação governamental proposta – esse requerimento pede por evidências, diz Sunstein; ele entrega real autoridade a cientistas, e à ciência e a outras fontes de conhecimento (incluindo estatística e economia)¹⁰⁹. Além disso, a ação regulatória não deveria ser adotada a menos que os potenciais benefícios para a sociedade pesassem mais do que os potenciais custos para a sociedade – provido das fundações fornecidas pelo primeiro passo para a consideração dos custos e benefícios, tinha-se nesse segundo momento uma clara declaração do princípio custo-benefício¹¹⁰.

Outro requisito previsto na Ordem Executiva n.º 12.291 requeria a maximização dos benefícios líquidos agregados, incorporando uma ideia independente ao dirigir agências a

¹⁰⁶ Em relação ao caso em que uma ação regulatória possa influenciar adversamente, e de maneira relevante, a economia, um setor seu, produtividade, concorrência, empregos, meio ambiente, saúde pública ou segurança, governos ou comunidades estaduais ou locais, é esclarecedor o exemplo de um ato que (1) imporia US \$ 98 milhões em custos no primeiro ano, com custos anuais mais baixos depois disso, (2) afetaria desproporcional e negativamente um pequeno setor da economia, e (3) ameaçaria criar uma perda significativa de empregos. *Ibidem*, p. 02.

¹⁰⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 03.

¹⁰⁸ **Id.**

¹⁰⁹ **Ibid.**, p. 07.

¹¹⁰ **Id.**

priorizarem, entre as abordagens que apresentam benefícios além dos custos, aquela que tem os maiores *benefícios líquidos*. O exemplo apresentado por Sunstein é esclarecedor: uma regulação de segurança de trânsito que traria benefícios de 300 milhões de dólares, custos de 200 milhões de dólares e, portanto, benefícios líquidos de 100 milhões de dólares é pior, sob o critério apresentado, do que uma que tem apenas benefícios de 275 milhões de dólares, mas custos de 100 milhões de dólares e, assim, benefícios líquidos de 175 milhões de dólares¹¹¹.

A Ordem Executiva n.º 12.291, de Ronald Reagan, também determinou que agências executivas produzissem, para cada regulação, uma análise de impacto regulatório, a conter quatro elementos centrais: (1) uma descrição dos potenciais benefícios da norma, incluindo aqueles que não podem ser quantificados em termos monetários, e a identificação daqueles que provavelmente usufruirão os benefícios; (2) uma descrição dos potenciais custos da norma, incluindo aqueles que não podem ser quantificados em termos monetários, e a identificação daqueles que provavelmente suportarão os custos; (3) uma descrição dos potenciais benefícios líquidos da norma, incluindo uma avaliação dos efeitos que não podem ser quantificados em termos monetários; (4) uma descrição das abordagens alternativas que poderiam alcançar substantivamente o mesmo objetivo regulatório a um custo menor, junto com uma análise de seu potencial benefício e de seus custos e uma breve explicação sobre as razões jurídicas que impediriam sua adoção. Esses elementos reconheciam que alguns benefícios e custos não podem ser quantificados, e também chamavam atenção para questões distributivas (ao indagarem quem, provavelmente, usufruiria os benefícios e suportaria os custos da medida proposta)¹¹².

Sunstein apresenta algumas explicações para a rápida aprovação da O.E. 12.291, em tempo menor do que o normalmente levado para que uma norma desse tipo obtivesse o aval necessário. Uma delas recai sobre a vontade de alguns oficiais da Casa Branca de simplesmente reduzir o fluxo de novas regulações: na visão desses agentes, a regulação seria um obstáculo ao crescimento econômico e à criação de emprego. Sob este ponto de vista, aquela Ordem Executiva foi um documento político, importante não porque empoderaria tecnocratas, mas porque reduziria o estado administrativo, o que seria bom tanto para a prosperidade, como para a liberdade¹¹³. Essa explicação associa a AIR e a ACB ao movimento de desregulação, tratando-os como ferramentas postas a este fim, ainda que não exclusivamente a ele. Outras duas explicações que o autor apresenta para a rápida aprovação da Ordem Executiva estão

¹¹¹ *Ibid.*, p. 08.

¹¹² *Ibid.*, pp. 08/09.

¹¹³ *Ibid.*, p. 12.

relacionadas pela potencial tensão que apresentavam entre si: são elas o objetivo tecnocrático (a preocupação com a necessidade de se estudarem as consequências das regulações) e o objetivo democrático (o presidente é eleito e por isso ele deve chefiar a produção das regulações).

Em 1993, Bill Clinton editou a Ordem Executiva n.º 12.866. Apesar de ser mais longo e detalhado, este ato afirma o que de essencial já se previa naquele aprovado por Reagan, sendo que, quanto à ACB, vai ainda além ao enfatizar a avaliação de todos os custos e benefícios de alternativas regulatórias disponíveis, incluindo não regular, além de realçar o cenário possível em que é difícil quantificar alguns custos e benefícios e de se referir a impactos distributivos e equidade (tudo dentro, porém, da lógica já prevista na ordem executiva anterior, inclusive quanto aos poderes do “Office of Information and Regulatory Affairs” – *OIRA*, de sorte que não foi rejeitada a estrutura da ACB nele prevista, mas complementada)¹¹⁴.

George W. Bush, ao contrário do que muitos esperavam, não fez alterações de grande importância na Ordem Executiva n.º 12.866; sequer eliminou a referência a “impactos distributivos e equidade”, o que alguns pensavam que poderia ser feito por ele, intensificando-se a ênfase na quantificação de custos e benefícios¹¹⁵.

Em 2011, após Cass Sunstein, à época chefe do *OIRA*, já ter desistido de levar à frente uma nova Ordem Executiva sobre o tema, em razão da oposição generalizada que a ideia sofreu de oficiais da Casa Branca, Obama decidiu, convencendo-se de argumentos levantados por Sunstein em uma apresentação, por editar novo ato. A Ordem Executiva n.º 13.563 explicitamente incorporou o que se previa no ato de Clinton, enfatizando e citando a exigência de que os benefícios devem justificar os custos. E, em endosso à ACB, estabeleceu que cada agência deveria usar as melhores técnicas disponíveis para quantificar, do modo mais preciso possível, benefícios e custos presentes e futuros que se possam antecipar¹¹⁶.

Além disso, a O.E. n.º 13.563 também estabeleceu que devem ser considerados e discutidos qualitativamente valores que são difíceis ou impossíveis de quantificar, incluindo equidade, dignidade humana (este termo aparece pela primeira vez no ato editado por Obama), justiça e impactos distributivos. A Ordem Executiva também incluiu uma exigência de análise retrospectiva de normas existentes. Com essas previsões, diz Sunstein, o Presidente Obama

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 16/17.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 19/20.

consolidou a revolução custo-benefício¹¹⁷.

Expostas origem e difusão da proporcionalidade e da AIR, passa-se a especificar a estrutura fundamental de ambos os instrumentos.

2.3 Proporcionalidade: estrutura

A proporcionalidade parece ser, hoje, a maneira mais difundida para se tratar – na verdade, até mesmo para moldá-los nesses termos – casos em que, quando da análise de determinado ato estatal, verifica-se a existência de uma colisão entre normas com estrutura de princípios jurídicos: aquela que o ato estatal visa promover e a(s) outra(s) que com ela conflita(m). O exame atuará por meio das etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: as duas primeiras guiam a otimização dos princípios diante das possibilidades fáticas (as circunstâncias do caso concreto), e a proporcionalidade em sentido estrito orienta o mesmo processo diante das possibilidades jurídicas (as outras normas relevantes incidentes no caso)¹¹⁸.

A ordem em que as etapas são listadas não é acidental: primeiro, é preciso verificar se o ato em análise é adequado, depois, se ele é necessário e, somente então, se ele é proporcional em sentido estrito¹¹⁹.

Além disso, só será preciso recorrer ao passo seguinte se for superado o anterior¹²⁰: desde que o ato seja considerado adequado, se passa à análise sobre sua necessidade, e desde que seja necessário, se verifica sua proporcionalidade em sentido estrito. Caso, porém, de plano o ato já seja considerado inadequado, não há mais que se proceder à análise de sua proporcionalidade: a conclusão a que se terá chegado já é a de que a restrição ao direito atingido não se justifica. O mesmo vale para os casos em que o ato é considerado adequado, mas não necessário: a restrição que ele causa ao direito atingido não se justifica, e passar ao exame da sua proporcionalidade em sentido estrito não é preciso.

Há autores que trabalham com outras formulações da proporcionalidade, em que presentes quatro, ou até mesmo cinco etapas, e não somente as três apresentadas acima¹²¹, e em

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 20/21. Donald Trump não abandonou a O.E. 13.563, mas editou atos segundo os quais, se uma agência pretende editar uma regulação, seu custo líquido deve ser zero, e a agência também deve extinguir duas regulações suas existentes (“uma dentro, duas fora”)

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 117.

¹¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. v.798. 2002, p. 34.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ Chang e Dai listam algumas delas em CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public

que há variações sobre o *conteúdo* de cada uma de suas etapas. Opta-se, porém, por ser talvez a sua expressão mais conhecida, pela construção de Robert Alexy. Essa observação é importante, considerando que há diversas versões do exame mundo afora¹²².

Dito isso, o que caracteriza um ato como (in)adequado, (des)necessário e (não) proporcional em sentido estrito?

2.3.1 Adequação

De acordo com a etapa da adequação, é preciso avaliar se o meio escolhido pelo ato editado é apto a *promover/fomentar*¹²³ o resultado por ele pretendido. Não há exigência de *certeza* de alcance do resultado¹²⁴. Uma medida deve ser considerada *inadequada*, portanto, caso ela não tenha aptidão para promover/fomentar o objetivo por ela pretendido. Se estão em jogo potenciais promoções e restrições de objetivos juridicamente relevantes, e se não há ganhos possíveis (a medida, que restringe outro direito, sequer é capaz de promover os fins a que se propõe), então a situação representada pelo cenário em que a medida não é efetivada – em que não há ganhos ou perdas – é uma alternativa de decisão que leva a uma maior realização dos princípios incidentes, do que levaria aquela em que o ato é efetivado¹²⁵ – em que só há perdas.

Na prática, raros são os casos em que uma medida pode ser considerada efetivamente inadequada: “No geral, como destaca o próprio Alexy (...), as medidas escolhidas pelo legislador fomentam em alguma medida os objetivos por ele perseguidos. Isso reduz o significado prático do dever de adequação (...)”¹²⁶. Desloca-se, assim, “para o dever de necessidade o protagonismo no processo de otimização de princípios em colisão relativamente às possibilidades fáticas”¹²⁷.

Dieter Grimm, ao explorar variações com que o Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte canadense aplicam as etapas da proporcionalidade, afirma que a diferença entre

Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 01. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

¹²² Grimm levanta diferenças, por exemplo, entre a aplicação do exame feita pelo Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte canadense, em GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v.57. 2007.

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. v.798. 2002, pp. 36/37.

¹²⁴ **Id.**

¹²⁵ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas -- What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems**. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 415.

¹²⁶ **Id.**

¹²⁷ **Id.**

as duas jurisdições na análise deste primeiro passo é meramente semântica; sua função é eliminar o pequeno número de casos fora da curva¹²⁸. Ainda que raros, um exemplo da prática constitucional alemã é mencionado pelo referido autor: uma lei sobre caça que exigia, para falcoeiros, testes de capacidade técnica para uso de armas de fogo foi considerada inadequada, uma vez aqueles sujeitos não utilizam armas para a caça de falcão, mas caçam outros animais utilizando falcões¹²⁹.

A utilização pouco rigorosa da proporcionalidade pelos aplicadores do direito no Brasil costuma reduzir a ferramenta à “ponderação de princípios”, acionando automaticamente uma discussão normativa sobre qual direito deve prevalecer no caso concreto, consideradas as suas circunstâncias. Nessa visão reducionista, proporcionalidade costuma ser sinônimo de uma ponderação desorientada, em que sequer se considera o instrumental teórico que tem por pretensão conferir sistematicidade aos juízos que deverão ser feitos. O que se vê, porém, já na etapa da adequação, é que juízos sobre inferências causais são tomados, ainda que, na forma em que normalmente tratada a etapa, a relação entre a medida e seus efeitos possa ser determinada de modo fraco: basta que se conclua que o ato é apto a promover/fomentar em alguma medida o objetivo pretendido.

Ainda que a exigência seja baixa, tomadores de decisão poderiam trabalhar com alguns níveis nessa etapa. Chang e Dai sugerem, por exemplo, que, no uso de um standard de revisão menos inquisitivo (que se pode chamar de “evidentemente errado”), talvez não deva ser exigido nenhum teste estatístico formal – o governo poderia defender sua posição baseado em literatura de ciência social de “segunda mão”, ou em estudos empíricos conduzidos no exterior ou em passado distante. Já quando um standard mais inquisitivo de revisão é adotado (“strict scrutiny”), dizem os autores, uma inferência causal válida deveria ser demonstrada pelo governo, e a variável causal deve ser estatisticamente significativa no nível de 90% ou 95% e praticamente significativa¹³⁰. Se formos considerar esses padrões, é possível dizer que é o standard de revisão menos inquisitivo que tem sido utilizado na maioria dos casos.

Ser mais rígido nesta primeira etapa tornaria o exame de proporcionalidade, já em seu começo, ainda mais exigente. Aliás, não só uma investigação mais profunda sobre relações de causalidade poderia causar esse efeito: a discussão sobre quais objetivos a medida pode

¹²⁸ GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v.57. 2007, p. 389.

¹²⁹ **Id.**

¹³⁰ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 41. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

legitimamente perseguir também pode sofisticar a análise requerida. Como diz Thiago Araújo, a etapa da adequação é marcada por dois momentos: no primeiro, é necessário descobrir o que motivou a edição de ato, e, no segundo, investiga-se a congruência entre o meio adotado e o fim desejado¹³¹. Naquele primeiro momento, referido autor defende que ao legislador é conferida a prerrogativa de perseguir mesmo “os objetivos não previstos, mas não proibidos pela Constituição”¹³².

Aliás, a respeito dessa questão sobre os objetivos visados pela medida, é possível ir ainda além: não só discussões podem envolver quais fins uma medida estatal pode legitimamente buscar, mas também a própria identificação dos objetivos que estão em jogo pode depender de atividade criativa do aplicador, que exerce uma espécie de *poder de moldar o caso* ao selecionar as normas relevantes incidentes. Volta-se ao ponto no Capítulo 4.

2.3.2 Necessidade

Caso a medida seja adequada, será preciso verificar se ela é também necessária. Indaga-se, nesta etapa, se “a realização do objetivo perseguido {pelo ato estatal} não pode ser promovida, *com a mesma intensidade*, por meio de outro ato que limite, *em menor medida*, o direito fundamental atingido”¹³³. Trata-se de exame “imprescindivelmente comparativo”¹³⁴.

Esta avaliação envolve duas etapas relacionadas ao cotejo entre meios¹³⁵: (i) saber se as medidas alternativas são ao menos igualmente adequadas à promoção do objetivo que a medida de referência pretende fomentar, e (ii) saber se a medida alternativa, se efetivada, é capaz de restringir com menor intensidade o(s) princípio(s) afetado(s) pela medida de referência. Se a medida alternativa, se implementada, é capaz de promover ao menos com a mesma intensidade o objetivo que a medida de referência (o ato estatal) quer fomentar, mas de restringir com menor intensidade o princípio afetado por ela, é porque esta medida de referência não é necessária.

Como se pode notar, para que a medida de referência seja considerada inadequada, juízos sobre inferências causais deverão suportar duas conclusões: a de que as medidas alternativas ao ato estatal são ao menos tão aptas quanto ele à promoção do objetivo buscado,

¹³¹ ARAUJO, Thiago Cardoso. **Proporcionalidade e teoria dos jogos**: esboço de um método comum. Revista da AMDE, [S.l.], v. 4, jul. 2010, p. 08. ISSN 2175-5590. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/39>>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹³² **Id.**, p. 09.

¹³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais. v.798. 2002, p. 37.

¹³⁴ **Id.**

¹³⁵ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas -- What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems**. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 415.

bem como a de que essas medidas alternativas restringem em menor intensidade o direito atingido pelo ato estatal.

Algumas dificuldades podem incidir na realização desses juízos, tornando-os tarefa complicada. No primeiro passo (a comparação da aptidão de medidas distintas para promover o objetivo buscado), por exemplo, pode ser, como diz Thiago Araújo, que o meio mais intenso não seja o que tenha maior probabilidade de atingir o objetivo buscado¹³⁶.

2.3.3 Adequação e necessidade: comparação entre estados do mundo e referência ao conceito de ótimo de Pareto

Adequação e necessidade, juntas, fazem parte da otimização dos princípios em tensão relativamente às possibilidades fáticas (as circunstâncias do caso concreto). Leal, chamando esta operação pressuposta pela teoria dos princípios de “otimização como composição de primeira ordem”, oferece a ela a seguinte explicação:

Otimizar, no contexto da realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades fáticas, significa buscar a melhor composição possível entre as normas em tensão, consideradas todas as circunstâncias, em um caso concreto. Trata-se, por isso, de uma estratégia de decisão de primeira ordem voltada à maximização de objetivos que se encontram imbricados em uma situação específica. Em uma linguagem mais comum no âmbito da teoria da decisão e da microeconomia, o ideal normativo que orienta a solução da colisão exige a seleção da alternativa decisória (que, nesse caso, está relacionada à medida a ser implementada), cujos efeitos são capazes de realizar, na maior medida possível, os dois objetivos (i.e. princípios)³ em relação de tensão. A solução ótima é, nesse sentido, a solução do tipo first best para o caso concreto,⁴ entendida como a solução que realiza ambos os princípios na medida do máximo possível.⁵ Esse primeiro sentido fica evidente quando Alexy recorre ao conceito de “ótimo de Pareto” para explicar como as interações entre meios e fins (i.e. princípios) podem ser compreendidas nos níveis da adequação e da necessidade. No final, o tipo de composição entre princípios que se busca é aquele em que uma posição não pode ser melhorada sem causar prejuízos para a outra (ALEXY, 2011, p. 4).¹³⁷

Em sentido semelhante, Cohen-Eliya e Porat afirmam que os dois primeiros estágios do exame são testes de otimalidade de Pareto, cujo propósito é garantir que a ação governamental

¹³⁶ ARAUJO, Thiago Cardoso. **Proporcionalidade e teoria dos jogos**: esboço de um método comum. Revista da AMDE, [S.l.], v. 4, jul. 2010, p. 13. ISSN 2175-5590. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/39>>. Acesso em: 06 set. 2019.

¹³⁷ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas -- What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems**. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 414.

seja eficiente em termos dos ônus constitucionais que impõe. Eles visam a garantir que o terceiro e último estágio da análise de proporcionalidade não seja acionado desnecessariamente: se é possível resolver o problema atingindo-se uma solução ótima de Pareto, não é necessário ponderar¹³⁸.

Um exemplo hipotético pode ser útil para se visualizar a otimização dos princípios em tensão em relação às circunstâncias do caso em que se chocam. Imagine-se que determinado ato estatal “A” pretende promover a proteção aos consumidores, mas interfere no direito à livre iniciativa. Por enquanto, deixam-se as polêmicas representadas por algumas críticas feitas à proporcionalidade de lado, especialmente aquela que, pela extrema simplicidade do exemplo, vem à mente quase que de modo imediato: a de que a combinação perversa entre onipresença e suficiência dos direitos fundamentais para a definição de cursos de ação conduz a um perigoso excesso, com sérios impactos institucionais na ordem jurídica¹³⁹. Esta e outras críticas feitas à proporcionalidade serão exploradas no próximo capítulo.

Feita a ressalva, se o ato “A” sequer é capaz de promover a proteção aos consumidores, a sua invalidação não causa prejuízo a este direito, mas melhora a situação do direito à livre iniciativa. Se é possível melhorar a situação do direito à livre iniciativa sem piorar a da proteção aos consumidores, a invalidação do ato é solução que se impõe: este cenário, em que não há ganhos ou perdas, pode ser considerado “superior de Pareto” em relação ao cenário em que a medida produz efeitos, em que somente há perdas.

Imagine-se, contudo, que este ato “A” é adequado; ele ao menos fomenta a proteção aos consumidores. Se assim é, sua invalidação melhoraria a situação do direito à livre iniciativa, mas o faria às custas da proteção aos consumidores; já a sua manutenção melhora a proteção aos consumidores, mas o faz às custas do direito à livre iniciativa. Entra em cena a segunda etapa do exame de proporcionalidade. Supondo-se que uma medida “B” é capaz de fomentar a proteção ao consumidor tal como o faz a medida estatal “A”, mas é capaz de, se efetivada, restringir em menor intensidade o direito à livre iniciativa, então “B” é a alternativa cujos efeitos são capazes de realizar, na maior medida possível, os dois princípios em relação de tensão: ela promove do mesmo modo que “A” a proteção aos consumidores, mas com menor restrição ao

¹³⁸ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 464. Segundo referidos autores, algumas Cortes, especialmente a Suprema Corte Canadense, acabam por dar ênfase ao segundo teste, da necessidade, nele acabando por realizar juízos típicos da ponderação, o que faz com que a maioria dos atos invalidados, nesses casos, o sejam na etapa da necessidade, e raramente no terceiro estágio. Esta abordagem, afirmam, tem sido criticada como ‘judicialmente insincera’, por obscurecer a lógica interna e a estrutura da análise de proporcionalidade.

¹³⁹ É como Leal descreve esta, entre outras críticas à proporcionalidade, LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 178.

direito de livre iniciativa. E, se é assim, a restrição imposta ao direito à livre iniciativa pela medida “A” não se justifica; ela não é necessária. A alternativa que leva a um mundo em que se fomenta do mesmo modo a proteção ao consumidor, mas com menor restrição ao direito de livre iniciativa, pode ser considerada “superior de Pareto” em relação ao cenário base: ela melhora a situação de um dos princípios sem piorar a do outro.

Algumas críticas, porém, são dirigidas à aplicação do conceito de ótimo de Pareto de que se vale Alexy para explicar as etapas da adequação e da necessidade. Um dos problemas diz respeito às situações do tipo “Pareto incomparáveis”, que ocorrem quando a implementação de uma medida alternativa até pode melhorar a situação de um dos princípios envolvidos, mas não leva a uma situação “superior de Pareto” em relação a um caso em que um terceiro princípio possa ser afetado em razão da mudança de políticas, ou em relação à distribuição inicial de perdas e ganhos entre os princípios envolvidos (imaginem-se, por exemplo, que essa alternativa atinge em menor grau o direito restringido, porém não promove na mesma intensidade o interesse que a medida de referência carrega)¹⁴⁰. Essa constatação, aliás, é a base para crítica que alguns autores fazem a respeito de uma limitação da proporcionalidade frente a outros instrumentos que pretendem avaliar as consequências de atos estatais e de suas alternativas, como a análise de custo e benefício, que poderiam se valer de considerações mais amplas e diversificadas.

De todo modo, concluindo-se que a medida é adequada e necessária, é preciso passar à análise da realização dos princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas. É acionada, então, a terceira etapa do exame de proporcionalidade: a proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.4 Proporcionalidade em sentido estrito: quando custos são inevitáveis (e quando juízos prospectivos também podem importar)

A medida de referência é adequada e necessária. Se não é possível chegar-se a uma solução ótima de Pareto, custos serão inevitáveis: algum dos direitos/princípios em tensão terá de, no caso em análise, sofrer restrição, enquanto o outro será promovido.

A proporcionalidade em sentido estrito é guiada pela lei do sopesamento (chamada por

¹⁴⁰ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas --** *What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems*. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 416 (nota de rodapé 7).

Alexy de “lei substantiva do sopesamento”), segundo a qual “quanto maior for o grau de não realização ou restrição de um direito ou princípio, maior deve ser a importância da realização do outro”¹⁴¹. Referida lei mostra que a ponderação pode ser desmembrada em três estágios: (i) estabelecimento dos graus de não satisfação *do* ou de restrição *ao* primeiro princípio; (ii) estabelecimento da importância da satisfação do princípio rival; (iii) estabelecimento de se a importância de satisfazer o último princípio justifica a interferência *ao* ou a não satisfação *do* primeiro¹⁴².

Alexy apresenta alguns exemplos para mostrar que juízos racionais sobre graus de restrição e graus de importância são possíveis. Tratar de um deles será útil para a futura exposição da fórmula do peso, que, como se verá, estrutura a argumentação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. Isso porque, neste exemplo, são trabalhadas as classificações que podem ser atribuídas, numa escala triádica, a uma das três variáveis da fórmula do peso, justamente os “graus de restrição/importância dos princípios em colisão”¹⁴³ (*I_i* e *I_j*) (i). As outras duas variáveis são os “pesos abstratos dos princípios envolvidos” (*W_i* e *W_j*) (ii), e a “confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro” (*R_i* e *R_j*) (iii). Os princípios em tensão podem ser identificados como *P_i* e *P_j*.

A expressão da fórmula é a seguinte, sendo *W_{i,j}* o peso concreto do princípio *P_i*, o princípio restringido (ou seja, o peso concreto dele consideradas as circunstâncias do caso):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

O exemplo trata de um conflito clássico entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: uma revista de sátiras amplamente publicada, *Titanic*, descreveu um oficial da reserva paraplégico, que cumpriu com sucesso suas responsabilidades ao ser chamado ao serviço militar, primeiro como “nascido para matar” (“born Murderer”), e em edição posterior como “aleijado” (“cripple”). Chegando, o caso, à sua jurisdição, após condenação da revista em instância inferior ao pagamento de indenização em favor do oficial, o Tribunal Constitucional alemão procedeu à ponderação entre a liberdade de expressão daqueles associados à revista e

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, p. 436.

¹⁴² *Ibid.*, p. 437.

¹⁴³ Como será visto, como a lei do sopesamento diz respeito exclusivamente à relação entre os dois princípios em colisão, a importância concreta do princípio que se pretende promover depende dos efeitos que a omissão da interferência no princípio a ser restringido terá para ele. Assim, o conceito da importância concreta do princípio a ser promovido é idêntico ao conceito da intensidade da interferência neste princípio caso se omita a interferência no outro princípio. *Ibidem*, p. 441. Este contrafactual será trabalhado mais à frente, quando for abordada a fórmula do peso.

os direitos de personalidade do oficial, ambos protegidos constitucionalmente pela Lei Fundamental alemã. E o fez em duas partes.

A condenação ao pagamento de danos foi considerada pelo Tribunal uma restrição *grave* à liberdade de expressão. Esta conclusão foi apoiada, principalmente, no argumento de que conceder a indenização poderia afetar a disposição futura daqueles que comandam a revista a conduzirem seu trabalho tal como haviam feito até então. Passou-se, então, à análise da descrição “nascido para matar”, à luz do contexto em que a sátira foi publicada. Sobre este ponto, destacou o Tribunal que diversas pessoas tinham sido descritas com um “sobrenome de nascimento” de forma reconhecidamente humorística, de “trocadilhos a tolices”. Neste contexto, seria impossível enxergar a descrição feita pela revista como uma violação grave e ilegal da personalidade. O grau de restrição a este direito foi considerado, assim, como *médio*, ou mesmo *leve*. Diante disso, considerou-se desproporcional a restrição à liberdade de expressão, de sorte que chamar o oficial de “nascido para matar” não poderia servir como base para a concessão de uma indenização (para que esta se justificasse, como ela representa, no caso, segundo a avaliação do Tribunal, uma *grave* restrição à liberdade de expressão, a restrição aos direitos da personalidade do oficial deveria ser considerada pelo menos também *grave*)¹⁴⁴.

A descrição do oficial como “aleijado”, porém, foi vista de modo diferente pelo Tribunal, como uma grave violação aos seus direitos de personalidade. Isso porque descrever uma pessoa portadora de deficiência grave como um “aleijado” seria atualmente visto como “humilhante” e como “falta de respeito”. A Corte chegou à conclusão, assim, apesar de também considerar grave a restrição à liberdade de expressão que advém da condenação da revista ao pagamento de indenização, de que não via qualquer falha na ponderação feita nesta hipótese¹⁴⁵. No caso, a restrição aos direitos da personalidade do oficial foi considerada mais grave do que a grave restrição à liberdade de expressão daqueles associados à revista.

Como se disse, o que pretende Alexy, ao apresentar este exemplo, é mostrar que juízos racionais sobre os graus de restrição aos direitos em tensão são possíveis, e que esses juízos podem ser estabelecidos em relação uns aos outros para justificar-se um resultado. Os graus de restrição aos direitos foram classificados, no exemplo, como *leves*, *médios* ou *graves*. A cada uma destas classificações corresponderá um número, e assim serão estabelecidos os valores numéricos a serem atribuídos ao numerador e ao denominador desta fração da fórmula do peso (que corresponde à relação entre os graus de restrição aos princípios incidentes no caso).

Para se chegar à classificação à qual são atribuídos esses números, porém, será

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 437/438.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 438/439.

necessário, e o exemplo visto mostra isso, recorrer a juízos que não são apoiados por parâmetros fornecidos pela própria lei de sopesamento: as presunções subjacentes aos julgamentos sobre os graus de restrição aos direitos em tensão como leves, médios ou graves são apoiadas por razões como, no caso, aquelas que discutem o que significam a liberdade de expressão e os direitos de personalidade. E estas razões, diz Alexy, são capazes de serem compreendidas¹⁴⁶.

A escala triádica – leve, médio, grave – usada para se classificar os graus de restrição aos princípios imbricados é especialmente adequada, segundo Alexy, à prática da argumentação jurídica, além de poder ser estendida de um modo altamente intuitivo – a sua extensão, porém, com um refinamento maior entre os graus, deve ser evitada, diz Alexy, considerando-se que mesmo o trabalho com os três já mencionados pode, em certos casos, apresentar problemas, sendo difícil distinguir, por exemplo, entre “média” e “grave”; divisões brutas funcionam melhor, portanto¹⁴⁷.

Como se vê, usou-se, acima, a expressão “grau de restrição” tanto para o direito que está sendo restringido, quanto para o direito que a medida de referência quer promover. Por que para este último também é possível pensar em termos de grau de restrição, se é ele o direito que se quer promover? Como a lei do sopesamento diz respeito à relação entre os dois princípios em colisão, a importância concreta do princípio que se pretende promover depende dos efeitos que a omissão da interferência no princípio a ser restringido terá para ele. Trabalha-se com um contrafactual aqui: o conceito da importância concreta do princípio a ser promovido é idêntico ao conceito do grau de restrição neste princípio, caso se omita a interferência no outro. No exemplo visto acima, a importância da proteção dos direitos da personalidade do oficial pode ser derivada do grau com que a não interferência na liberdade de expressão da revista os restringiria¹⁴⁸.

Viu-se, com isso, dois dos três estágios em que se disse pode ser desmembrada a ponderação: (i) estabelecimento dos graus de restrição no primeiro princípio; (ii) estabelecimento da importância da satisfação do princípio rival. Seu terceiro estágio é o alvo das críticas mais pesadas: nele, as avaliações dos graus de restrição serão postas em relação umas às outras (iii).

As críticas mais duras vão no sentido, justamente, de que avaliações deste tipo não seriam possíveis, porque as restrições real e hipotética (que se tem com a omissão da restrição real) aos princípios em colisão seriam incomensuráveis; comparar coisas como a descrição

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 439.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 440.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 441.

“nascido para matar” e a ordem para o pagamento de indenização seria como comparar maçãs e laranjas¹⁴⁹.

Alexy responde dizendo que a questão não é a comparabilidade direta de algumas “entidades”, mas a comparabilidade de sua importância para a constituição, o que, é claro, *indiretamente* leva à sua comparabilidade. A comensurabilidade é possível porque discursos racionais sobre o que é correto à luz da constituição são possíveis (pontos de vista em comum são possíveis) e porque também se pode, com base nesses pontos de vista em comum, utilizar uma escala (como a triádica) para as avaliações dos ganhos e perdas constitucionais¹⁵⁰. Uma vez que se aceita que a comensurabilidade é viável com ponto de vista (+) escala, as avaliações dos graus de restrição em relação umas às outras podem ser visualizadas – por exemplo, há três situações em que o grau da restrição ao princípio restringido (*Ii*) é mais intenso do que ao princípio promovido (*Ij*) – *Ii*: grave / *Ij*:leve; *Ii*: grave / *Ij*:médio; *Ii*: médio / *Ij*:leve; três situações em que o contrário ocorre; e três situações em que há um empate/empasse, quando os graus de restrição são os mesmos.

A crítica da incomensurabilidade não incide apenas no exame de proporcionalidade; ela também incide em análises como a de custo-benefício (ACB). Ao apontarem problemas da proporcionalidade como método para sopesar direitos e interesses estatais em conflito e defenderem vantagens comparativas que favoreceriam, nesta seara, a ACB, Chang e Dai afirmam ser incoerente a crítica comum de que muitos valores, princípios ou direitos não poderiam ser submetidos ao sopesamento típico da ACB porque não são quantificáveis *ou porque são incomensuráveis entre si*, se o exame de proporcionalidade é escolhido para lidar com direitos desse tipo. A questão é que, use-se uma ou outra ferramenta, o mesmo tipo de problema incidirá: quantificar e comparar as restrições (ou custos) é simplesmente inevitável na análise de proporcionalidade, assim como na ACB¹⁵¹.

Já se falou em graus de restrição e de importância, e nas classificações que podem ser atribuídas, numa escala triádica, a estas variáveis da fórmula do peso. Outra variável sua é o peso abstrato dos direitos em tensão. Assumindo que o peso abstrato de ambos é o mesmo ($W_i = W_j$), o que pode ser o caso em diversas situações, pode-se eliminá-la da fórmula.

Resta, com isso, apresentar a terceira variável da fórmula do peso: a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro (R_j

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 442.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, pp. 08/09. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

e R_i). A relação entre R_i e R_j se baseia no que Alexy chama de segunda lei do sopesamento, ou lei *epistêmica* do sopesamento: quanto mais pesar a restrição a um direito fundamental, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes¹⁵². Olha-se, aqui, para a confiabilidade da presunção empírica a respeito do que a medida significa para a não realização (restrição) de um princípio (P_i) e para a realização do outro (P_j) sob as circunstâncias do caso concreto.

Esta segunda lei da ponderação se refere não à importância substantiva das razões subjacentes à interferência, *mas às suas qualidades epistêmicas*¹⁵³: indaga-se sobre a aptidão da medida estatal para de fato realizar o direito em nome do qual ela foi editada. A confiabilidade das premissas empíricas pode ser classificada, na proposta de Alexy, em “certo” ou “seguro” (r), “plausível” (p) e “não evidentemente falso” (e)¹⁵⁴, numa escala decrescente de graus de certeza.

Alexy apresenta o seguinte exemplo para ilustrar a operacionalização desta variável: em caso no qual discutia se ao Legislativo seria dado proibir, atribuindo responsabilidade criminal aos infratores, produtos derivados da *Cannabis*, às custas do direito de liberdade, o Tribunal Constitucional Federal alemão, num juízo sobre a relação de causalidade, assumida pelo legislador, entre o consumo de produtos derivados da maconha e efeitos nocivos sobre a saúde pública, classificou a confiabilidade das suas premissas empíricas (R_j) como *incerta*, mas *plausível*. Por outro lado, se os produtos são proibidos, a restrição à liberdade é *certa*, e a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a não realização da liberdade (R_i) deve ser assim classificada. Levando-se estas classificações à fórmula do peso, mais acima exposta, isso significa que, ao menos nesta fração sua, pesou mais a restrição à liberdade do que a promoção da saúde, dado que, quanto maior a incerteza, menor será o valor atribuído a estas variáveis.

Apresentadas as variáveis que compõem a fórmula do peso, é possível dizer que, na teoria dos princípios, os graus de certeza e objetividade esperados de uma decisão jurídica se restringem “à possibilidade de fundamentação de enunciados que definem preferências condicionadas entre valores ou princípios”, consideradas as limitações a que se submetem discursos reais de justificação¹⁵⁵. A racionalidade deste procedimento, diz Leal, é garantida pela lei do sopesamento, pela fórmula do peso (que estrutura a argumentação sugerida por aquela lei), pela lei de colisão e, residualmente, “pelos ditames de uma teoria procedimental da

¹⁵² ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, p. 446.

¹⁵³ **Id.**

¹⁵⁴ **Ibid.**, p. 447.

¹⁵⁵ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 183.

argumentação jurídica, as quais orientam a ponderação de princípios por meio de regras e ônus de argumentação”¹⁵⁶.

A lei de colisão, das quatro ferramentas a única ainda não mencionada no presente trabalho, prescreve que “as condições sob as quais um princípio prevalece sobre os outros cria a hipótese de incidência de uma regra, que enuncia a consequência jurídica dos princípios precedentes”¹⁵⁷. Trata-se de uma regra de preferência condicionada entre estas normas¹⁵⁸. Da solução do caso concreto em que imbricados dois princípios jurídicos se extrai uma regra (que justamente orienta a solução do caso), a ser aplicada aos casos futuros em que os mesmos princípios se apresentem em relação de tensão, desde que as circunstâncias destes casos futuros sejam as mesmas das do caso em que formulada a lei de colisão.

2.4 AIR: estrutura

A análise de impacto regulatório “é o que o bom senso de um economista médio recomendaria fazer: coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir de resultados”¹⁵⁹.

As etapas de uma análise de impacto regulatório são apresentadas e especificadas em documentos elaborados por órgãos e entidades incumbidos da orientação de servidores que manejam a ferramenta, além de serem também encontradas em doutrina e em publicações de entidades não governamentais interessadas pelo tema.

Recentemente, um desses materiais foi preparado pelo Governo Federal: trata-se do Guia editado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG)¹⁶⁰, então motivado pela tramitação do Projeto de Lei n.º 6.621/2016, que pretendia instituir normas gerais para as agências reguladoras federais, entre as quais a obrigatoriedade de realização, sob determinados critérios amplos, de análise de impacto regulatório. A proposta, como já dito, foi aprovada em junho de 2019. Segundo o mencionado Guia, uma AIR Nível I

¹⁵⁶ **Id.**

¹⁵⁷ ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, p. 84, *apud* LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 183.

¹⁵⁸ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo.** *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 183.

¹⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente. **Direito constitucional econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 427.

¹⁶⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR.** Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

deve conter:

- (i) a identificação do problema regulatório, de suas causas e extensão, dos atores ou grupos afetados pelo problema e da base legal que ampara a ação da agência reguladora;
- (ii) a definição dos objetivos que se pretende alcançar;
- (iii) a descrição das possíveis alternativas para enfrentamento do problema, considerando a opção de não ação, além de soluções normativas e, sempre que possível, opções não normativas¹⁶¹;
- (iv) a exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas;
- (v) a comparação das alternativas consideradas, com a indicação justificada daquela, ou da combinação daquelas, que se mostra mais adequada aos objetivos pretendidos;
- (vi) a descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, incluindo formas de monitoramento e fiscalização, assim como a necessidade de alteração ou revogação de normas em vigor;
- (vii) considerações referentes às contribuições recebidas na elaboração da AIR em eventuais processos de participação social.

Uma AIR Nível II, de acordo com o mesmo Guia, deverá ser realizada nos casos em que o problema regulatório apresente significativa complexidade, ou as alternativas identificadas para seu enfrentamento apresentem impactos significativos. Nesses casos, adicionalmente aos itens que uma AIR Nível I contém, também deverão ser apresentados: i) mapeamento da experiência internacional no tratamento do problema regulatório em análise; ii) mensuração dos possíveis impactos das alternativas sobre os consumidores ou usuários dos serviços e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; iii) mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas. Essa diferenciação dos níveis de AIR foi amparada, no Guia Orientativo elaborado pela SAG, no que ali se chamou de “princípio da proporcionalidade”: nos termos daquela orientação, isso significa dizer “que os recursos, esforços e tempo empregados em toda a análise devem ser proporcionais à relevância do

¹⁶¹ Estas alternativas não normativas são as opções de intervenção que buscam resolver problemas regulatórios por meio de mecanismos de incentivo que não envolvem a edição de um ato normativo do tipo “comando e controle”. São exemplos os incentivos econômicos, a autorregulação, a correção e as campanhas de informação e educação. Esta explicação é fornecida pela Glossário do Guia (tópico 5), que, por outro lado, dispõe que as alternativas normativas à solução do problema regulatório são as “opções de intervenção do Estado que buscam resolver problemas regulatórios alterando o comportamento dos agentes econômicos por meio de atos de “comando e controle” (command and control)”, isto é, por meio da edição de atos normativos prescritivos que “impõem um conjunto de regras de conduta ou padrões a serem observados pelos particulares, sob pena de punição”. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR**. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

problema investigado e dos possíveis impactos da intervenção governamental”.

Sintetizando, uma AIR deve explicitar, nos termos do Guia preparado pela SAG: problema, objetivos, alternativas, possíveis impactos das alternativas, comparação das alternativas, justificativa da alternativa mais adequada aos objetivos e estratégia para sua implementação.

A estrutura escolhida por referido Guia é semelhante àquela apresentada pelo *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA*, para auxiliar algumas agências americanas a desenvolverem análises de impacto regulatório, tal como exigido para as normas “economicamente significativas” pelas Ordens Executivas n.º 13.563 e 12.866 e pela Circular A-4, do *Office of Management and Budget*¹⁶².

O documento elaborado pelo *OIRA* aponta três elementos básicos que uma AIR deve conter. Primeiro, uma declaração da necessidade da ação regulatória, com a descrição do problema que se quer enfrentar. As agências devem explicar se a ação se destina a resolver uma falha de mercado ou a promover algum outro objetivo, como melhorar processos governamentais, proteger a privacidade ou combater discriminação¹⁶³.

Em segundo lugar, deve-se realizar uma identificação clara da gama de abordagens regulatórias disponível, incluindo a opção de não regular. Alternativas incluem de ações voluntárias por parte do setor privado, ao *enforcement*, passando pela utilização do sistema de responsabilidade civil. Quando relevante, as agências devem considerar abordagens flexíveis que reduzam os encargos e mantenham a liberdade de escolha, como notificações (“warnings”), regras padrão apropriadas e requisitos de divulgação. Na medida do possível, diz o documento, as agências devem especificar os objetivos esperados, em vez de especificar o comportamento ou o modo de compliance que as entidades reguladas devem adotar¹⁶⁴.

O terceiro elemento citado pela cartilha consiste na estimativa dos benefícios e custos – quantitativos e qualitativos – da ação regulatória proposta e de suas alternativas. Depois de identificar um conjunto de possíveis abordagens, a agência deve realizar uma análise que estima os benefícios e custos associados com cada alternativa, quantificando e monetizando-os sempre que possível (quando não, eles devem ser descritos qualitativamente). O exame das alternativas também pode considerar, quando relevante e apropriado, valores como equidade, dignidade

¹⁶² 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>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 02.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 02/03.

humana, justiça, potenciais impactos distributivos, privacidade e liberdade pessoal¹⁶⁵.

A análise a ser empreendida pela agência, segundo a orientação do *OIRA*, deve ser baseada nas melhores informações científicas, técnicas e econômicas disponíveis, de modo que a entidade deve valer-se de literatura “revisada por pares”, quando disponível, bem como apresentar a fonte de todas as informações originais. Nos casos de maior complexidade ou de novidade, a agência deve considerar a submissão de seus modelos analíticos à revisão por pares. E em casos nos quais não há dados confiáveis ou pesquisa, a agência deve considerar o seu desenvolvimento¹⁶⁶.

Após apresentar os três elementos básicos que deve ela conter, a orientação do *OIRA* estabelece nove passos para uma análise de impacto regulatório.

O primeiro passo consiste na descrição da necessidade da ação regulatória: ela se dirige a uma falha de mercado (como externalidades e assimetrias de informação), ou a outra necessidade pública relevante, como a promoção de valores, por exemplo, da privacidade ou da dignidade humana? E de que modo a ação regulatória inicialmente imaginada vai suprir a necessidade detectada? Tratando-se de falha de mercado, a AIR deve descrever a falha tanto qualitativa, quanto, se possível, quantitativamente. Além disso, se a regulação é requerida por lei ou por ordem judicial, a AIR deve explicar de modo claro isso, apontando sua fonte normativa e a extensão da discricionariedade da agência¹⁶⁷. Se fizermos um paralelo com a proporcionalidade, esse primeiro passo remete à indagação, feita nesse exame, dos objetivos que a medida pretende promover: é a partir desse entendimento que se analisa a adequação da medida, bem como a sua necessidade frente a potenciais alternativas.

Feito isso, o segundo passo pede a definição da *baseline*, com a melhor avaliação da agência sobre como o mundo se conformaria se ausente a medida pretendida. Para análises sobre modificações pretendidas em normas já existentes, por exemplo, uma *baseline* considerando nenhuma mudança no cenário normativo geralmente constitui uma base apropriada para avaliação das alternativas regulatórias. Particular atenção deve ser dispensada aos fatores que afetam os custos e benefícios esperados da regra¹⁶⁸. Numa comparação com o exame de proporcionalidade, o “grau de restrição” aos princípios em colisão (uma das variáveis da fórmula do peso) requer uma análise comparativa do direito que está sendo restringido e do direito que a medida estatal quer promover: a importância concreta do princípio promovido pela

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 03.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 04.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 04/05.

medida estatal depende dos efeitos que a omissão da interferência no princípio restringido terá para ele. Trabalha-se, portanto, neste segundo passo da AIR como na proporcionalidade, com um contrafactual: é preciso pensar em como o mundo se conformará, ou em como o objetivo pretendido por ela é afetado, se ausente a norma estatal.

Descrita a necessidade da ação regulatória e definida a linha de base, passa-se, num terceiro momento, à definição do horizonte temporal de análise, em que se deve considerar por quanto tempo é provável que a regulação analisada produza efeitos econômicos. Apesar de ser importante considerar um período longo o suficiente que abarque todos os custos e benefícios que podem resultar da norma, a agência deve também considerar o quanto ela pode, razoavelmente, fazer previsões sobre o futuro, limitando sua análise a este período¹⁶⁹.

O quarto passo pede algo parecido com o que a proporcionalidade requer na etapa da necessidade: a identificação de uma gama de alternativas regulatórias potencialmente eficazes e razoavelmente exequíveis para o atingimento do objetivo pretendido. De acordo com a orientação do OIRA, particular atenção deve ser dispensada à identificação e avaliação de abordagens flexíveis, incluindo a utilização de incentivos econômicos e o fornecimento de informações, de modo que, em consonância com a Ordem Executiva n.º 13.563, se e dentro do possível, se mantenha a liberdade de escolha. Por exemplo, se a agência considera o banimento de um produto perigoso, ela pode cogitar, ao invés disso, requerer a divulgação de riscos para a saúde. Entre outras alternativas regulatórias sugeridas, estão as soluções de mercado (“market-oriented approaches”), ao invés de controle direto; medidas informacionais; requerimentos baseados no tamanho das empresas a que se dirigem; e métodos de “enforcement”. Além disso, estabelece-se que, no mínimo, a agência deve comparar, com a sua opção inicial, uma mais rígida e uma menos rígida, avaliando os custos e benefícios das três possibilidades, de modo a considerar qual delas alcança os maiores benefícios líquidos¹⁷⁰.

Após terem sido identificadas as alternativas regulatórias disponíveis, a quinta etapa requer a identificação das consequências dessas alternativas: benefícios e custos que podem ser monetizados, benefícios e custos que podem ser quantificados, mas não monetizados; benefícios e custos que não podem ser quantificados. Custos e benefícios acessórios ou indiretos também devem ser identificados e, quando possível, quantificados e monetizados¹⁷¹. Do seu modo, a proporcionalidade também exige trabalho do tipo: fixado o objetivo perseguido, é a

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 05.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 06/07.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 07. A cartilha usa os termos “ancillary benefits” e “countervailing risks”, que se optou por traduzir para benefícios ou riscos “acessórios” ou “indiretos”.

análise das consequências da medida proposta e de suas alternativas que, junto a outras considerações, permitirá a operacionalização do exame.

Para a quantificação e monetização dos custos e benefícios, a agência deve usar, segundo o documento elaborado pelo OIRA, os melhores recursos científicos, técnicos e econômicos que estejam razoavelmente disponíveis. A orientação é para que sejam apresentados benefícios e custos em unidades físicas, além de em unidades monetárias, em nome da transparência da análise. Como medir custos e benefícios? A tarefa pode ser desempenhada levando-se em consideração o valor que indivíduos dão às mudanças que resultariam de cada alternativa regulatória, especialmente para os efeitos das medidas sobre saúde e segurança. Esses valores são tipicamente medidos em termos do montante de dinheiro que o indivíduo pagaria ou requereria como compensação, de modo que ele seja indiferente entre a atual conformação do mundo, de um lado, e as consequências da alternativa regulatória mais o pagamento por ele feito ou feito em seu benefício, de outro¹⁷².

Aqui se faz presente um ponto central da AIR: se esta é uma ferramenta que tem por passo fundamental o exame dos benefícios, custos e efeitos prováveis de uma regulação proposta ou existente, *como fazê-lo* sem dúvida é matéria das mais relevantes.

Método conhecido, utilizado e criticado nos EUA, o “valor estatístico da vida” (VSL, na sigla em inglês) é tido por Sunstein como central para monetizar os benefícios de regulações que “salvam vidas”, envolva a questão, por exemplo, a qualidade do ar e da água, ou a segurança alimentar, no trabalho e em rodovias¹⁷³. Em geral, diz referido autor que o método será usado ainda que não se admita, porque comparar custos e benefícios é necessário, de modo que as verdadeiras questões dizem respeito, em verdade, a qual deveria ser o seu valor, qual método usar para se chegar nele e se se deve ser transparente sobre ele¹⁷⁴.

O que se avalia com o VSL é o valor de se reduzir riscos estatísticos de morte. Para se chegar a esse valor, pergunta-se quanto as pessoas estão dispostas a pagar para eliminar um risco – o foco recai sobre a disposição para pagar (em inglês, “willingness to pay” – WTP). É o WTP que, em geral, fornecerá os *inputs* para se chegar ao VSL. Há, basicamente, duas maneiras disponíveis para atribuição de valores monetários aos riscos estatísticos a partir do conceito de WTP: a primeira envolve os mercados do mundo real, para os quais se olha de sorte a conhecer quanto as pessoas recebem para enfrentar riscos de morte (no trabalho, por exemplo, ou como consumidores de produtos); a segunda corresponde a pesquisas em que se pergunta a

¹⁷² **Ibid.**, p. 09.

¹⁷³ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 39.

¹⁷⁴ **Id.**

pessoas quanto elas estão dispostas a pagar para redução de riscos estatísticos¹⁷⁵.

O sétimo passo de uma AIR apresentado no documento editado pelo OIRA diz respeito ao *desconto* dos futuros custos e benefícios, necessário para fornecer uma avaliação mais precisa sua, considerando que eles, comumente, ocorrerão em diferentes momentos ou em diferentes horizontes de tempo, e não de uma só vez, logo após a edição da medida¹⁷⁶.

Na oitava etapa, é preciso avaliar custos e benefícios não quantificados e não monetizados. De acordo com a cartilha do OIRA, estimativas quantitativas sólidas de custos e benefícios são preferíveis à sua descrição qualitativa, porque subsidiam o tomador de decisão a entender as magnitudes dos efeitos das alternativas e a comparar diferentes tipos de consequências. Apesar disso, benefícios e custos relacionados a bens como proteção da dignidade humana, equidade ou privacidade podem ser difíceis de quantificar ou monetizar. Nesses casos, as agências devem, após justificar a dificuldade em fazê-lo, realizar uma cuidadosa avaliação dos benefícios e custos não quantificáveis e não monetizáveis e ranquear aqueles que lhes parecem mais importantes. Para tanto, podem ser usados critérios como “graus de certeza”, “magnitude esperada” e “reversibilidade de efeitos”¹⁷⁷.

Se pode ser difícil quantificar e monetizar a repercussão de medidas sobre alguns bens, como a privacidade e a dignidade humana, de sorte que seja possível comparar custos e benefícios, esse é um problema que também incide no exame da proporcionalidade: como estabelecer, no caso concreto, os graus de restrição/importância dos princípios em colisão?

Duas ferramentas podem ser úteis, na AIR, à avaliação desses custos e benefícios não quantificados e não monetizados. Primeira, e talvez a mais conhecida delas, a análise de custo-efetividade, comumente utilizada na área da saúde, permite que se avalie a razão entre a efetividade da opção regulatória para atingir o resultado desejado (por exemplo, o número de vidas salvas) e os custos da opção (estes medidos em valores monetários).

A outra ferramenta disponível é a chamada “breakeven analysis”, que pretende responder à pergunta “o quão grande teria de ser o valor dos benefícios não quantificados para que a norma produza benefícios líquidos positivos?”. Se, por exemplo, uma regulação que pretende promover a proteção da qualidade da água custa cento e cinco milhões de dólares por ano, os seus benefícios excederão os seus custos se e somente se os efeitos da redução da poluição da água puderem ser razoavelmente valorados em cento e cinco milhões de dólares

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 42/43.

¹⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. *Regulatory Impact Analysis: A Primer*, pp. 11/12. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 12/13.

por ano ou mais¹⁷⁸.

A nona etapa da orientação editada pelo OIRA requer a caracterização das *incertezas* em benefícios, custos e benefícios líquidos. A análise dos efeitos da regulação requer previsões sobre o futuro, mas o que o futuro reserva, tanto na linha de base, como na alternativa regulatória sob consideração, normalmente não é tido por certo. Diante disso, as incertezas importantes relacionadas à decisão regulatória devem ser analisadas e apresentadas como parte da análise regulatória geral, de modo que se exponha tanto uma melhor estimativa sobre o valor esperado dos benefícios, custos e utilidades esperadas da norma, como uma descrição dos intervalos de valores plausíveis. Tudo para informar os tomadores de decisão e o público sobre o grau de incerteza associado à decisão regulatória¹⁷⁹. Como se vê, a cartilha engloba, sob o rótulo “incerteza”, tanto os cenários em que probabilidades podem ser atribuídas a potenciais resultados (caso nos quais se indica a utilização da metodologia do “valor esperado”), como aqueles em que sequer isso é possível. Certezas e incertezas, aliás, também fazem parte das considerações tomadas no exame de proporcionalidade, que trabalha, na fórmula do peso, com a variável “confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro”, e que requer investigação sobre relações de causalidade nas etapas da adequação e da necessidade.

Como se pôde ver neste item, ainda que não se tenha identidade, é possível dizer que há uma estrutura base que os guias e manuais costumam estabelecer para uma AIR. De modo simplificado, se considerarmos as etapas mais relevantes, é preciso descrever a necessidade da ação regulatória (o problema que se quer enfrentar), levantar as alternativas disponíveis e estimar seus benefícios e custos, quantitativos e qualitativos.

3 AIR E PROPORCIONALIDADE: PROBLEMAS, CRÍTICAS E ALGUMAS RESPOSTAS

3.1 Proporcionalidade: problemas e críticas

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 14/15.

Teoria dos princípios e proporcionalidade são alvo de críticas feitas pela literatura. De acordo com Leal, a teoria dos princípios se vê permanentemente desafiada a se colocar em uma posição de equilíbrio entre concepções diametralmente diferentes sobre quais são os papéis dos direitos fundamentais e do tribunal constitucional em um Estado Democrático de Direito, e entre concepções também opostas sobre as potencialidades da aplicação da ponderação de princípios como técnica de justificação *racional* de decisões jurídicas¹⁸⁰.

3.1.1 Críticas mais comuns: relações com direitos fundamentais e déficit de racionalidade

Das objeções mencionadas, duas delas são mais conhecidas. A que se relaciona com os direitos fundamentais tem como opostos, de um lado, a alegação de que o modelo de princípios de Alexy retira a força necessária desses direitos para que eles possam fazer frente a argumentos de finalidade coletiva¹⁸¹, e, de outro, a tese de que a “compreensão dos direitos fundamentais como princípios — e, assim, como mandamentos a serem otimizados — conduz a um perigoso excesso, com sérios impactos institucionais, desses direitos na ordem jurídica”¹⁸². É este excesso que, visto como “produto de uma combinação perversa entre onipresença e suficiência dos direitos fundamentais para a definição de cursos de ação”¹⁸³, inundaria o Direito Público brasileiro hoje.

Outra crítica tradicional incide sobre a racionalidade da ponderação. Os argumentos mais comuns e mais explorados dizem respeito a um suposto *déficit* seu¹⁸⁴. Fernando Leal menciona algumas das principais delas, como a crítica de Habermas – que se refere aos resultados dos processos de tomada de decisão com base em princípios jurídicos como

¹⁸⁰ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 178.

¹⁸¹ Mattias Kumm, por exemplo, afirma que a argumentação sobre direitos tem estrutura mais complexa do que o foco na análise de proporcionalidade sugeriria. Para o autor, é preciso considerar também a ideia de “razões excluídas” (*excluded reasons*) e a proibição de certas relações meio-fim. Isso porque, para referido autor, direitos humanos e constitucionais, tais como entendidos nas constituições pós 2ª Guerra Mundial, são principalmente uma tentativa de institucionalizar legalmente prerrogativas morais básicas fundadas ultimamente na tradição iluminista do liberalismo político e seu compromisso com a dignidade humana e a autonomia. Quanto à proibição de certas relações meio-fim, a análise de custo-benefício ao longo das linhas sugeridas pelo “balancing” seria incapaz, segundo o autor, de levar em conta as fortes proibições de se usar pessoas como meio de alcançar algum objetivo desejável. KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement*, p. 145. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007.

¹⁸² LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 178.

¹⁸³ **Id.**

¹⁸⁴ **Id.**

“arbitrários ou irrefletidos”, por faltarem à ponderação mecanismos racionais capazes de conduzir as construções das relações de preferência que deveriam ser estabelecidas em cada caso concreto, para que essa “técnica” pudesse ser considerada controlável¹⁸⁵; a de Schlink – que ataca a racionalidade da ponderação ao caracterizá-la como essencialmente subjetiva e decisionista¹⁸⁶; e a de Leisner – que descreve a ponderação como uma “varinha mágica” capaz de produzir “pseudoconsensos”¹⁸⁷.

Como visto ao se expor a estrutura da proporcionalidade, estabelecer os graus de restrição e promoção aos princípios colidentes corresponde, para os críticos, a comparar “maças e laranjas”, e mesmo o refinamento da teoria que suporta a aplicação da proporcionalidade não permitiria tratar-se de modo racional a comparação de bens que seriam incomensuráveis entre si.

O que há de comum nessas críticas “é a referência constante a uma suposta subjetividade e a uma suposta irracionalidade do balanceamento de princípios”, de modo que “a sua incapacidade de oferecer parâmetros suficientes para impedir o arbítrio dos juízes condenaria a ponderação, no máximo, a um papel residual na metodologia jurídica”¹⁸⁸.

3.1.2 Sobrerracionalidade e a exigência de conhecimentos extrajurídicos

Uma crítica menos explorada em relação à racionalidade da ponderação afirma, numa inversão de eixos, que o que poderia se notar, ao contrário de problemas de déficit, é a presença de pretensões hiper-racionalistas por trás dos métodos que buscam orientar o exame de proporcionalidade¹⁸⁹. O perigo “não estaria na impotência da ponderação, mas na crença em sua onipotência para lidar com problemas jurídicos concretos”¹⁹⁰. No limite, quanto mais se investisse na formalização adequada das condições de argumentação da ponderação, “maiores

¹⁸⁵ HABERMAS. **Faktizität und Geltung**, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998, p. 316 **apud** LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 178.

¹⁸⁶ SCHLINK. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, *In*: BADURA P.; DREIER, H. (Org.). Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 460 e ss **apud** LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 179.

¹⁸⁷ LEISNER. “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat, – Gefahr für den Rechtsstaat. NJW, 1997, p. 6 **apud** LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 179.

¹⁸⁸ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 181.

¹⁸⁹ É o que pretende problematizar Fernando Leal, em LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

¹⁹⁰ **Ibid.**, p. 186.

seriam os incentivos para a sua aplicação, e mais indeterminação poderia ser gerada, já que as propostas metodológicas não seriam capazes de constranger completamente o processo decisório”¹⁹¹.

Três argumentos suportam esta objeção da soberracionalidade da ponderação. Primeiro, o de que a teoria dos princípios partiria “de uma visão ingênua das predisposições e do comportamento de tomadores reais de decisão” – o paradoxo, aqui, decorreria da tentativa de orientar tomadores de decisão a não fazer o que, desde o início, reconhece-se que provavelmente vão fazer, por se acreditar que o investimento em mecanismos de racionalidade seria capaz de impedir a aplicação estratégica do método ou, ao menos, incentivar a sua manipulação adequada¹⁹².

Além disso, a teoria dos princípios seria por demais otimista “em relação aos potenciais dos métodos de decisão para trazer racionalidade, ao afirmar a existência de similaridades estruturais entre a subsunção e a ponderação”, mesmo que reconheça que elas não são idênticas¹⁹³. O risco da aproximação estrutural entre estas formas de raciocínio jurídico seria permitir que decisores ignorem os limites textuais dentro dos quais opera a subsunção, o que deixaria em suas mãos uma tarefa que deveria ser desempenhada, fundamentalmente, pelas *regras* incidentes no caso concreto: a seleção das características relevantes do problema para a atribuição da resposta jurídica apropriada¹⁹⁴.

O terceiro argumento que suporta a crítica de soberracionalidade da ponderação é o de que a teoria dos princípios seria “excessivamente exigente em relação às capacidades epistêmicas dos aplicadores desses métodos”¹⁹⁵. Isso porque a realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas exigiria, nos termos demandados pela proporcionalidade e pela fórmula do peso, uma série de informações de difícil obtenção e processamento¹⁹⁶. O problema estaria, nesta hipótese, em um suposto descompasso entre o “possível” vislumbrado pela teoria e o “possível” efetivo¹⁹⁷.

Se, na utilização da fórmula do peso, a dificuldade de trabalhar com as variáveis “grau de restrição entre os princípios” e “relação de peso abstrato entre os princípios” já parece evidente, o manejo adequado da “confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro” tenderia a aumentar perigosamente os

¹⁹¹ **Id.** Esta relação é chamada, por Leal, de o “paradoxo da determinação” na Teoria dos Princípios.

¹⁹² **Ibid.**, p. 187.

¹⁹³ **Ibid.**, pp. 187/188.

¹⁹⁴ **Id.**

¹⁹⁵ **Ibid.**, p. 187.

¹⁹⁶ **Ibid.**, p. 197.

¹⁹⁷ **Ibid.**, p. 198.

níveis de incerteza de processos decisórios reais¹⁹⁸. A solução de uma questão jurídica passa, com esta terceira variável, a “exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência”¹⁹⁹. Isso porque são esses critérios fixados pela ciência que permitirão a atribuição, à confiabilidade das premissas empíricas, dos predicados “certo/seguro”, “plausível/defensável” ou “não evidentemente falso”, os parâmetros de valoração sugeridos para a utilização desta variável (em mais detalhes, a fórmula do peso e suas variáveis foram vistas em 2.3.4).

A questão complexa de fundo, aparentemente não resolvida pela teoria, segundo Leal,

diz respeito à composição adequada das relações, inevitáveis, mas necessariamente problemáticas, entre direito e ciência. De fato, como indica Schuartz, “o significado de expressões como verdade, certeza, plausibilidade etc. quando empregadas para referências a premissas utilizadas em inferências jurídicas não é igual ao significado dos mesmos termos quando empregados para referências a premissas utilizadas em inferências científicas, e os critérios de correção de inferências de um desses tipos não servem como critérios de correção de inferências do outro tipo”.⁹⁸ Essa constatação impõe o desenvolvimento de mecanismos propriamente jurídicos capazes de permitir uma transição minimamente controlável entre os discursos jurídico e científico, sob pena de o direito ser inundado pelas incertezas típicas da construção e evolução do conhecimento científico. Quando isso não é feito, o que parece ser o cerne do pedido de “tomada de consciência” sugerido pelo autor, coloca-se não apenas a utilidade do direito como mecanismo de estabilização de expectativas normativas em xeque, como o tomador de decisão na desconfortável posição de um pretense conhecedor e mediador — quase sempre como um árbitro despreparado — de disputas não apenas jurídicas, mas também científicas. O problema estrutural entre direito e ciência se une, aqui, ao problema das capacidades epistêmicas de “juristas” quando são chamados a lidar com questões enfrentadas por “cientistas.”²⁰⁰

A respeito desse risco, cerne do terceiro argumento apresentado que embasa a crítica de soberracionalidade da ponderação, pode-se fazer um acréscimo: também as etapas da adequação e da necessidade poderão exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas a critérios fixados pela ciência. Isso porque serão esses critérios que guiarão os juízos sobre inferências causais que precisam ser tomados em referidas etapas, seja para concluir-se (i) que o ato em exame fomenta ou não o objetivo pretendido, ou (ii) que as medidas alternativas ao ato estatal são ou não ao menos tão aptas quanto ele à promoção do objetivo buscado, bem como restringem ou não em menor intensidade o direito atingido pelo ato estatal.

¹⁹⁸ **Ibid.**, p. 201.

¹⁹⁹ **Id.**

²⁰⁰ **Ibid.**, pp. 201/202.

3.1.3 Limitações enquanto procedimento empiricamente inspirado

Há, porém, quem apresente objeções à proporcionalidade com base em *limitações* que a sua estrutura imporia ao trabalho com os conhecimentos extrajurídicos que pode ser exigido no exame.

É curioso como que a referência à proporcionalidade como um procedimento empiricamente inspirado é tomada como certa por Chang e Dai, que, a partir disso, criticam a ferramenta e apontam vantagens comparativas da análise de custo-benefício (ACB) em relação a ela.

Um dos problemas que os autores apontam diz respeito à fórmula do peso, que, por ser ordinal, não iria longe o suficiente, mas se resumiria à comparação de dois valores ordinais sopesados. Em razão disso, a fórmula não seria tão flexível quanto uma “regra de tomada de decisão cardinal”, como a ACB, que permitiria a comparação entre meios, com a estimativa dos benefícios líquidos de diferentes medidas (o que se poderia querer fazer especialmente quando “mais de uma medida passa nos testes de adequação e necessidade”)²⁰¹.

Além disso, mesmo admitindo que em controle judicial de constitucionalidade podem se fazer presentes razões *non-welfarist* que embasam o seu uso, ao invés da ACB²⁰², os autores defendem que a proporcionalidade pode criar um efeito *ex ante* indesejável nos processos decisórios legislativos e administrativos: na tentativa de anteciparem problemas de constitucionalidade, legisladores e administradores atrairiam, ao usá-la, limitações que seriam próprias da proporcionalidade, porque a ferramenta apenas permitiria considerar um subconjunto de todos os benefícios e custos relevantes²⁰³.

Legislador e administrador sabem que, ao criarem determinada lei ou ato normativo que vão restringir, em alguma medida, um direito fundamental, a restrição tem de ser proporcional;

²⁰¹ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 33. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁰² Os autores argumentam que, ao contrário do que é por vezes percebido por teóricos do direito constitucional, a proporcionalidade seria, em essência, primariamente uma restrição a cortes constitucionais, ao invés do seu empoderamento, porque a ferramenta seria uma espécie de “ACB subinclusiva”; ela seria mais fraca frente à ACB. É por isso que, de uma perspectiva de direito comparado, costumar-se-ia dizer que, quanto menos expertise uma corte de certa jurisdição tem, mais sentido faz que use proporcionalidade, ao invés de ACB – esta seria mais do tipo *standard* do que aquela, e por isso requereria a consideração de uma ampla gama de custos e benefícios. **Ibid.**, p. 16.

²⁰³ **Ibid.**, pp. 09/14.

em não sendo, o risco é o de que o Poder Judiciário, se acionado, invalide a medida²⁰⁴. O problema que decorre disso, para Chang e Dai, é que o uso da proporcionalidade seria inadequado nessas esferas – nas quais se deveria, presumivelmente, perseguir a melhoria do bem-estar geral –, porque a sua estrutura forçaria seu usuário a focar estritamente em certos custos (restrições diretas a direitos) e benefícios (realização categórica dos objetivos pretendidos pela medida estatal), mas não em outros fatores²⁰⁵.

Os autores mencionam, no desenvolvimento desse argumento, o exame de proporcionalidade tal como o aplica Aharon Barak, para quem uma medida alternativa menos efetiva, porém menos limitadora de direitos, apesar de não tornar desnecessária a medida de referência, pode ser considerada no *balancing*. Se o que, em última análise, determina o resultado do exame de proporcionalidade é a comparação de benefícios sociais líquidos entre múltiplas alternativas, tanto o teste de adequação, quanto o de necessidade, seriam supérfluos. E mesmo a formulação do exame de proporcionalidade de Barak falharia em funcionar como uma ACB completa, porque considera alternativas “menos efetivas, mas menos limitadoras”, e não “mais efetivas, porém mais limitadoras” (talvez não falhe em seu exame, por exemplo, uma medida estatal com 70% de efetividade e que restrinja um direito num nível de 30%, mesmo diante de uma alternativa que alcance o propósito da norma em 99% e limite o direito em 31%)²⁰⁶.

A utilização da proporcionalidade em controle judicial, assim, poderia causar um indesejável efeito antecipatório nos processos legislativo e administrativo, porque medidas que levam à maximização do bem-estar geral poderiam falhar no exame, estrangidas pela sua estrutura analítica sequencial, que induziria seu usuário a focar na restrição dos direitos de certas pessoas, sem que sejam considerados todos os custos e benefícios sociais.

É por conta das limitações que defendem existir que, para Chang e Dai, a proporcionalidade seria uma espécie de ACB *subinclusiva*. E é por isso que defendem a

²⁰⁴ Sweet e Mathews mostram que o impacto da difusão da proporcionalidade não se limitou, nos casos em que analisaram, ao Poder Judiciário: em diferentes graus, Legislativo e Executivo se adaptaram à adoção do exame de proporcionalidade, o que reforçou seu status como um compromisso constitucional. STONE SWEET, Alec; MATHEWS. **Jud. Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism**. *Columbia Journal of Transnational Law*. v.47. 2008, p. 112.

²⁰⁵ Como as diferentes implicações orçamentárias do meio que está sob revisão e de suas alternativas. Para ilustrar o argumento, os autores apresentam uma situação extrema em que (i) duas medidas alcançam 99% do objetivo estatal; (ii) a medida estatal o faz às custas de 30% de restrição de um direito fundamental, e a sua alternativa, de 31%; (iii) o custo de implementação da medida estatal é de um milhão de dólares, enquanto o da alternativa é de dez mil dólares. CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, pp. 10/12. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

²⁰⁶ **Ibid.**, pp. 12/14.

utilização da ACB em seu lugar, mesmo, em regra, pelo próprio Poder Judiciário, até porque a proporcionalidade já sopesaria custos e benefícios: o teste de necessidade requer a comparação entre custos (na linguagem da proporcionalidade, “restrição a direitos”), e, segundo a proporcionalidade em sentido estrito, a medida administrativa ou legislativa não passa no exame se os custos incorridos forem maiores do que os benefícios criados²⁰⁷. Esta análise de custos e de benefícios, porém, se daria de modo limitado na proporcionalidade. Por essa razão, inclusive, os autores entendem ser esta ferramenta um exame que *limita* o tribunal constitucional, ao invés do que costuma ser percebido: usasse ele outros instrumentos, como a ACB, poderia ser considerada em sua análise uma gama muito mais ampla de custos e benefícios²⁰⁸.

3.1.4 Algumas respostas

São, em síntese, estas as críticas que se faz às potencialidades da aplicação da proporcionalidade como técnica de justificação racional de decisões jurídicas – as mais comuns, que apontam um déficit, e as menos exploradas, que, ao contrário, sugerem que o problema pode ser a sua pretensão de soberracionalidade, ou até mesmo a sua limitação enquanto procedimento empiricamente inspirado.

Em relação às críticas que indicam a irracionalidade da proporcionalidade, ou pelo menos um sério déficit de racionalidade seu, algumas observações feitas por Schauer parecem dar conta de que elas podem ser relativizadas. Para o autor, muitos dos críticos de Alexy, e da ponderação de um modo geral, confundem os conceitos relacionados, mas diferentes, de “racionalidade”, “objetividade” e “certeza”²⁰⁹.

Existe, segundo Schauer, uma diferença entre o exame estruturado de proporcionalidade e uma orientação aberta para que, simplesmente, “se faça a coisa certa”²¹⁰. Ao estruturar o exame, adicionando importantes ônus de justificação que influenciam o resultado, diz Schauer, o que Alexy chama de ponderação pode ser visto como não menos racional do que várias outras abordagens de tomada de decisão que estão muito aquém da precisão matemática e da certeza verificável. Especificar os ônus de justificação e organizar as cadeias de argumentação pode fazer a diferença, e é essa estrutura que, para Schauer, explica ser um erro tratar o exame de

²⁰⁷ **Ibid.**, pp. 08/09.

²⁰⁸ **Ibid.**, p. 16.

²⁰⁹ SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text**. Draft, 2009, p. 03. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1403343> >. Acesso em: 22 mar. 2019.

²¹⁰ **Ibid.**, pp. 03/04.

proporcionalidade como equivalente a uma decisão que pondere *livremente* todas as razões e todos os fatos incidentes no caso²¹¹.

É em sentido semelhante que Leal encara a questão. Segundo o autor, a racionalidade do procedimento estruturado pela proporcionalidade pretende ser garantida, na teoria dos princípios, pela lei de sopesamento, pela fórmula do peso, pela lei de colisão e, residualmente, por uma teoria procedimental da argumentação jurídica que orienta a ponderação de princípios por meio de regras e ônus de argumentação²¹². Antes de buscarem determinar o conteúdo de juízos normativos singulares por meio de elementos de lógica formal ou fórmulas aritméticas, estas ferramentas são responsáveis pela “fixação dos ônus de argumentação a serem superados para a justificação dos resultados de colisões entre princípios”²¹³; elas orientam “o caminho argumentativo que deve ser pavimentado pelo juiz em suas decisões”²¹⁴. A racionalidade da ponderação não emerge, assim, prioritariamente de seu resultado, mas do procedimento de fundamentação das decisões²¹⁵.

Assim é que, para referido autor,

o sentido de racionalidade vinculado ao modelo procedimental de justificação proposto pela Teoria dos Princípios pode ser considerado mais fraco, na medida em que a racionalidade dos mecanismos metodológicos propostos pela teoria estaria, por um lado, associada à sua efetiva capacidade de tornar os juízos de valor efetuados por tomadores de decisão nos procedimentos de ponderação mais claros, organizados, transparentes e compreensíveis (mas não plenamente objetivos), enquanto que, por outro lado, a racionalidade por trás do desenvolvimento de cadeias estruturadas de argumentação se revelaria pela possibilidade de restrição da discricionariedade do tomador de decisão, ainda que pelo caminho da exclusão de certos resultados (mas não pressupondo que o emprego adequado dos métodos conduzirá a uma única resposta correta).²¹⁶

Outra alegação vista é a de que a proporcionalidade apresenta limitações enquanto processo empiricamente inspirado, ainda mais se comparada a outras ferramentas (como a ACB). Um dos sinais disso seria a limitação imposta pela fórmula do peso à comparação entre diferentes meios: por ser ordinal e, assim, “amarrar” a análise à restrição/promoção de um direito *em relação ao outro*, a fórmula não permitiria a estimativa de benefícios líquidos de

²¹¹ *Ibid.*, p. 04.

²¹² LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 183.

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *Ibid.*, p. 184.

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 184/185.

diversas medidas, para sua posterior comparação. Além disso, argumenta-se que a estrutura da proporcionalidade forçaria seu usuário a focar estritamente em certos custos (restrições diretas a direitos) e benefícios (realização categórica dos objetivos pretendidos pela medida estatal), mas não em outros fatores, podendo fazer com que medidas que levam à maximização do bem-estar geral falhem no exame.

Boa parte dos motivos que explicam essas limitações que os autores defendem existir parecem estar relacionados a características importantes da proporcionalidade – em especial, a duas delas. Primeiro, à relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio dos direitos fundamentais e a proporcionalidade, cerne da teoria de Alexy. Para o autor, se a constituição garante direitos fundamentais, então muitas, ou mesmo todas as decisões legais restringindo a liberdade de indivíduos têm de ser entendidas como interferências em direitos fundamentais. Interferências nesses direitos, porém, só são admissíveis se são justificadas, e são justificadas apenas se são proporcionais²¹⁷. Assim, a proporcionalidade levar seu usuário a focar em restrições aos direitos atingidos pela medida estatal é característica essencial sua.

Já o foco que também recai sobre determinados benefícios – a realização dos objetivos pretendidos pela medida estatal – leva ao segundo ponto da resposta possível à crítica da limitação empírica do exame: a estruturação da proporcionalidade (e mesmo a aplicação de suas duas primeiras etapas que muitas jurisdições têm empreendido) também se compatibiliza com a existência de margens de conformação pelo legislador/administrador.

Primeiro, como visto em 2.3.1, a exigência costuma ser baixa na etapa da adequação: para que a medida seja considerada adequada, basta que se conclua que ela é apta a promover/fomentar o objetivo por ela perseguido. Comentando diferenças na aplicação do exame pela Suprema Corte canadense e pelo Tribunal Constitucional alemão, Dieter Grimm diz que, na resposta à pergunta “qual é o objetivo da medida que limita o direito fundamental?”, o último exige um “propósito legítimo”, entendido como aquele não proibido pela Constituição. Segundo Grimm, o Tribunal Constitucional alemão não apresenta uma explicação para o baixo rigor com que aplica a etapa da adequação, mas uma das possíveis inferências que se pode fazer é a de que, numa democracia, o legislador tem o direito de perseguir qualquer propósito, desde que não seja excluído pela constituição; a *importância* do propósito não é uma condição para a ação legislativa – o que é importante o suficiente para se tornar objeto da legislação é uma questão política e deve ser determinado via processo democrático²¹⁸. Mesmo a Suprema Corte

²¹⁷ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, p. 436.

²¹⁸ GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v.57. 2007, p. 388.

canadense, que seria mais rigorosa ao exigir um objetivo “de importância suficiente”, na prática quase não invalidaria leis com base na insuficiência do propósito²¹⁹.

Além disso, os resultados possíveis da fórmula do peso²²⁰, na terceira etapa do exame, também seriam indicação de deferência à escolha feita por quem editou a norma: em dois deles (“0” ou “menor do que 1”), a medida estatal é considerada proporcional e, portanto, válida, enquanto apenas em um deles ela é considerada inválida (“maior do que 1”). No caso de empate (o peso concreto dos princípios se revelou o mesmo), portanto, prevalece a medida estatal.

Assim, o ponto é que, também por prestar alguma deferência às escolhas feitas por representantes do povo, não é objetivo do exame de proporcionalidade selecionar *a melhor medida* para se atingir o objetivo pretendido, e por isso a limitação que impede uma consideração totalmente aberta de medidas alternativas também parece algo que decorre de características essenciais da proporcionalidade.

Em síntese, a proporcionalidade pode ser caracterizada, se assim se quiser chamar, de “limitada do ponto de vista empírico”, mas seria possível defender que essa limitação existe na medida em que se pretende justificar a restrição a direitos fundamentais e garantir margens de conformação pelo legislador. Um ataque mais duro à proporcionalidade, portanto, nos termos em que fazem os autores chineses, acaba por ser um ataque a características e premissas importantes do exame. Retoma-se a questão em 4.5.4.

O que é interessante constatar a partir dessas críticas, concorde-se ou não com elas, é que a proporcionalidade apresenta diferenças em relação a ferramentas como a ACB quanto a seu escopo, mas também pode apresentar algumas semelhanças relevantes, ao exigir conhecimentos extrajurídicos e trabalho empírico. Os próprios autores das objeções reconhecem esse fato, ao apontarem as fundações empíricas dos argumentos normativos tomadas no exame de proporcionalidade.

Vistas as objeções à proporcionalidade e algumas respostas possíveis a elas, é possível que as críticas mais duras dirigidas ao exame digam respeito (i) aos potenciais que a sugestão de similaridades estruturais relevantes entre a ponderação e a subsunção apresentam para a sua utilização indiscriminada na definição de cursos de ação em decisões jurídicas e (ii) à tendência de aumento desregulado dos níveis de incerteza de processos decisórios reais, que é

²¹⁹ **Id.**

²²⁰ A expressão da fórmula é a seguinte, sendo $W_{i,j}$ o peso concreto do princípio P_i , o princípio restringido (ou seja, o peso concreto dele consideradas as circunstâncias do caso):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

impulsionada pelos conhecimentos extrajurídicos que se exige para a solução de questões que podem incidir no trabalho com as etapas da adequação e da necessidade, bem como com a terceira variável da fórmula do peso, a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro.

Quanto às críticas mais conhecidas, em especial a da incomensurabilidade, parece ser possível dizer que este não é um problema que incide apenas no exame de proporcionalidade. Como se disse, ela também incide em análises como a de custo-benefício (ACB), em que por vezes se estará diante de dificuldades não desprezíveis de quantificação e comparação de custos e benefícios relacionados a bens tão distintos quanto saúde, segurança, meio ambiente, direito de propriedade e outros (o ponto será explorado em 4.4.3).

3.2 AIR: problemas e críticas

Como é de se esperar, a análise de impacto regulatório está sujeita a problemas e, tal qual a proporcionalidade, também é alvo de algumas críticas. Ao contrário da maioria daqueles dirigidos à proporcionalidade, que se baseiam de maneira importante em considerações teóricas sobre a ferramenta (não que falem problemas de aplicação), os problemas e críticas que a literatura aponta para a AIR são, em boa medida, resultado de estudos empíricos que buscam mostrar desde dificuldades metodológicas de operacionalização, até sua utilização retórica.

Mas não é só: algumas objeções teóricas importantes também são feitas junto a críticas que decorrem de estudos empíricos – por exemplo, ao “valor estatístico da vida”, metodologia de que se vale a ACB, e também aos potenciais de uma orientação técnico-racional, calcada na epistemologia positivista, para conduzir a produção e o uso do conhecimento no contexto de uma AIR.

3.2.1 Críticas comuns decorrentes de estudos empíricos

Em nota sobre pesquisa feita, em 2004, a respeito dos sistemas de AIR de países membros da Organização, a OCDE reconheceu que a análise de impacto regulatório é ferramenta estratégica para gestão e reforma regulatória, mas não se trata de paneceia²²¹. Ao comentar os tipos de análises que podem ser feitas, ressaltou-se em referida nota que muitos

²²¹ OCDE. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. Note by the Secretariat. 29th Session of the Committee, 15-16 April 2004. International Energy Agency, Paris, p. 02. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258430.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

países não adotavam a “rigorosa análise custo-benefício” em razão da dificuldade de se quantificar custos e benefícios, preferindo um sistema mais flexível de análise de impacto²²².

Outro problema comentado refere-se à integração das análises de impacto – por exemplo, a União Europeia, antes de 2003, contava com sistema em que avaliações de impacto eram realizadas por setor, por vários departamentos, o que se mostrava ineficiente porque várias delas, como as que recaem sobre pequenos negócios, direito dos consumidores, emprego e meio ambiente, se sobrepõem de algum modo e contradizem umas às outras (de lá para cá, tal como fazem diversos países, a União Europeia passou a adotar uma avaliação de impacto integrada)²²³.

A questão é abordada por Hugé e Waas: como a realidade é complexa, a análise de impacto compartimentada por campo de saber pode ser problemática, e a crescente conscientização acerca da interdependência e da complexidade dos temas sujeitos à regulação reduz a atratividade e o próprio uso de avaliações de impacto definidas estritamente – é por isso que, para os autores, estas avaliações temáticas tendem a, “naturalmente”, alargar o seu escopo inicial com o passar do tempo²²⁴. Por outro lado, o reconhecimento de que as coisas estão mais interligadas do que poderia parecer à primeira vista torna mais complexa a tarefa de antecipação dos efeitos que medidas poderão produzir no mundo – volta-se a esta questão adiante.

Em panorama traçado em 2015, a OCDE afirma que os resultados de um sistema de AIR que funcione bem emergem no longo prazo, desde que a ferramenta seja adequadamente integrada no processo de elaboração de políticas. Neste processo, investimentos significativos precisam ser feitos para superar diversos fatores, como a necessidade de introdução da análise econômica em contexto normalmente dominado por especialistas no campo jurídico e a dificuldade de introduzir um requerimento administrativo adicional num campo já complexo²²⁵.

No referido documento, são mencionados alguns desafios que devem ser encarados para que um sistema efetivo de AIR seja possível. A supervisão regulatória é um deles e, na análise de vinte e seis países que possuem o mecanismo fora da estrutura do ministério proponente da norma, a Organização notou que nem todos esses órgãos supervisores detêm uma função de “desafio” à regulação proposta (a atribuição de fazer retornar a proposta, para que seja

²²² **Id.**

²²³ **Ibid.**, p. 03.

²²⁴ HÚGE, Jean; WAAS, Tom. **Converging impact assessment discourses for sustainable development: the case of Flanders, Belgium**. Environment, Development and Sustainability. Junho, 2011, Volume 13, Issue 3, p. 608.

²²⁵ OCDE. **Regulatory Policy Outlook**. OECD Publishing, Paris, 2015, p. 108. Disponível em: < <http://www.oecd.org/publications/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>>. Acesso em: 06 out. 2019.

ajustada)²²⁶. Em países nos quais a supervisão conta com esses poderes, um dos motivos do retorno da AIR ao proponente é a não avaliação adequada de custos e benefícios, incluindo ônus administrativos, assim como a não consideração de alternativas e a descrição inadequada da necessidade de edição da norma²²⁷.

Também se afirma que apenas a minoria dos países membros da OCDE conta com fase de consulta pública envolvendo os documentos relacionados à AIR²²⁸. Além disso, foram apresentadas evidências de que os governos não estão equipados para análises multicritérios, de que a disponibilidade das informações relevantes continua a ser uma questão e de que é limitada a capacidade de integrar um número crescente de dimensões relevantes à elaboração de políticas (como impactos sociais, direitos fundamentais, impactos territoriais e efeitos interativos e cumulativos da regulação)²²⁹.

Dois estudos recentes são representativos dos problemas que envolvem a aplicação da ferramenta no processo regulatório brasileiro.

Ainda que agências reguladoras federais brasileiras já tenham realizado diversas AIR's, pesquisa feita em 2017 pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (Casa Civil) apontou que essas entidades utilizam elementos da ferramenta, mas em diferentes níveis de abrangência, aprofundamento e maturidade. Referido estudo resultou de um questionário enviado, naquele ano, às próprias agências e por elas respondido, e teve por objetivo regulamentar o tema, para o caso de o Projeto de Lei n.º 6.621/2016, já aprovado pelo Senado, contar com a mesma sorte na Câmara dos Deputados. Recentemente, com a aprovação de referido Projeto, foi editada a chamada “Lei Geral das Agências Reguladoras” (Lei Federal n.º 13.848/2019), que trata, em seu artigo 6º, da análise de impacto regulatório, dispondo que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, nos termos de regulamento, da realização de AIR, a conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar.

Algumas das conclusões gerais do mapeamento feito pela SAG, listadas no número 56 da Nota Técnica n.º 4/2017/AESP/SAG/CC-PR, dão conta dos seguintes problemas:

(i) na maioria dos casos, a AIR traz apenas a comparação entre duas alternativas: uma opção regulatória já escolhida e a alternativa de não regular;

²²⁶ *Ibid.*, 109.

²²⁷ *Ibid.*, p. 110.

²²⁸ *Ibid.*, p. 111.

²²⁹ *Ibid.*, p. 115.

(ii) em geral, a AIR é disponibilizada ao público já finalizada, não havendo discussões específicas sobre ela;

(iii) normalmente, a Diretoria da agência não se manifesta especificamente sobre a AIR;

(iv) as agências não possuem prática de AIR *ex-post* (algumas exigem que propostas de atos normativos estabeleçam indicadores de acompanhamento de efetividade);

(v) nenhuma agência conta com análise de risco sistematizada;

(vi) praticamente todas as agências enfrentam dificuldades quanto à obtenção, organização e tratamento adequado dos dados necessários às análises quantitativas;

(vii) a maioria das agências nota que há resistência interna à elaboração da AIR, seja por desconhecimento da ferramenta, seja em razão da pressão por agilidade na edição da norma regulatória (é ressaltado, aqui, que muitas vezes a AIR é vista como mera ferramenta burocrática)²³⁰.

Algum tempo se passou desde então, mas a pesquisa feita, em 2017, pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (Casa Civil) é indicativa dos problemas que a utilização de AIRs pode apresentar.

Recentemente, o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) apresentou estudo empírico acerca da prática de AIR nas agências reguladoras federais no Brasil²³¹. Foram analisadas AIRs elaboradas no período de 01.01.2016 a 31.12.2016, ou as dez AIRs mais recentes, considerando-se por referência a data 15.02.2017. Com isso, chegou-se a um total de 106 análises de impacto averiguadas, sendo: 7 da ANTT, 8 da ANP, 21 da ANEEL, 6 da ANTAQ, 27 da ANAC, 10 da ANATEL, 12 da ANVISA, 1 da ANCINE, 13 da ANS e 1 da ANA.

Em relação à *definição do problema* (i) que a medida regulatória se propõe a enfrentar, apontou-se a sua confusão com o objetivo e/ou com o meio de alcançá-lo, o que revelaria a preferência da agência por uma opção e a realização de uma AIR “pro forma”. No estudo, cita-se o seguinte exemplo de definição equivocada de um problema regulatório: “necessidade de adequar a regulamentação existente à legislação de referência e às necessidades operacionais

²³⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR**. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²³¹ Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Institucionalização e Prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. In: **Workshop de Análise de Impacto Regulatório – Visão prática, diretrizes e Guia AIR**. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/novidades/workshop-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-visao-pratica-diretrizes-e-guia-air/workshop-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-visao-pratica-diretrizes-e-guia-air>>. Acesso em: 22 set. 2019.

do mercado, de forma a possibilitar um melhor controle do serviço autorizado”²³². Colocadas as coisas de modo rigoroso, o eventual problema que se pode inferir da descrição feita é a desatualização ou inadequação do normativo existente em relação à legislação a que deve obediência e às necessidades de mercado.

Como diz o estudo realizado pelo IBRAC, um dos claros prejuízos que resulta da descrição equivocada do problema é o contágio das demais etapas, o que pode, ao final, implicar a adoção de uma solução inapropriada (e por vezes já antecipada)²³³. Voltando ao exemplo mencionado acima, uma exposição apropriada da questão a ser resolvida deveria deixar claro, por exemplo, por quais motivos as necessidades de mercado não estão mais sendo atendidas pela regulamentação existente – apenas a partir de uma caracterização precisa desses pontos é que se poderá, à luz do objetivo visado, identificar as alternativas adequadas disponíveis. Eventualmente, aliás, o esforço de descrição da questão pode revelar sequer haver um problema regulatório que mereça enfrentamento.

O segundo problema apresentado no referido estudo feito pelo IBRAC incide na *caracterização do objetivo que se pretende alcançar* (ii), e diz respeito à ausência de alinhamento concreto do objetivo com a política pública setorial. Como prejuízos decorrentes dessa falta de aderência, menciona-se o desperdício de esforços e recursos com a análise de opções que poderiam, de início, ser descartadas, além do risco de se adotar opção desalinhada da política setorial²³⁴.

Já quanto ao *mapeamento das opções* (iii), a crítica diz respeito à limitação representada pela dualidade “regular” vs. “não regular”, e às opções que focam no formato do regulamento, ao invés de no modelo regulatório²³⁵.

Além disso, concluiu-se que a *pré-consulta* (iv) se mostrou prática pouco difundida. Como diz mencionado estudo, a pré-consulta, que pode ser veiculada por meio de instrumentos como entrevistas, envio de ofícios com questionários, pesquisas junto a consumidores, seminários, consulta pública/tomada de subsídios e reuniões, é importante para corrigir eventuais erros, agregar dados e confirmar percepções da agência sobre o diagnóstico de problemas, objetivos e opções regulatórias. O exemplo apresentado mostra, de modo um tanto quanto contraintuitivo, que ouvir o mercado interessado pode inclusive levar à exclusão de opções menos interventivas consideradas pela agência: em caso no qual a ANP realizava AIR

²³² Id.

²³³ Id.

²³⁴ Id.

²³⁵ Id.

concernente à regulação do registro de óleos lubrificantes, a preocupação dos agentes afetados sobre a desregulamentação dos aditivos *aftermarket* gerou o descarte de opção originalmente considerada pela agência²³⁶.

A *consulta pública* (v) foi caracterizada pelo estudo do IBRAC como prática consolidada na maioria das agências, mas nele também se apontou que o foco da consulta não é a AIR, e sim o texto da minuta regulatória²³⁷. A mesma observação foi realizada por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, quando ouvida pela Comissão Especial que analisava o então Projeto de Lei das Agências Reguladoras. Sampaio apontou a necessidade de se incluir a AIR no rol de documentos que serão objeto de consulta pública anteriormente à tomada de decisão pela agência reguladora, oportunizando-se à sociedade a participação na construção das alternativas regulatórias, e não apenas no oferecimento de ajustes redacionais à proposta apresentada pela agência, já finalizada em sua substância²³⁸.

Em relação à *análise dos impactos* (vi), o estudo feito pela IBRAC apontou como problemas a ausência de quantificação dos impactos, além da consideração genérica ou simplista de aspectos não econômicos e de questões concorrenciais, ou mesmo a desconsideração desses fatores. Uma das soluções apontadas, ao se comentar AIR realizada pela ANP acerca da requalificação de recipientes transportáveis de Aço para GLP²³⁹, foi a quantificação dos dados qualitativos, “transformando os dados não-métricos a um nível métrico”, com a atribuição de notas.

Por fim, em relação ao *monitoramento* (vii), concluiu-se que muitos relatórios de AIR preveem o acompanhamento da regulação, faltando-lhes, porém, concretude, o que se poderia obter com definição da forma, atribuição de responsável, indicação de metas e indicadores e periodicidade.

A literatura estrangeira também dá conta de alguns problemas encontrados na utilização da AIR.

Para Hugé e Waas, a influência das avaliações de impacto no processo decisório depende do contexto institucional e da maneira como o conhecimento é levado para dentro do processo de tomada de decisão, o que muitas vezes se daria de modo não linear e “bagunçado”²⁴⁰.

²³⁶ **Id.**

²³⁷ **Id.**

²³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública, PL 6621/2016**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatrciaSampaio.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

²³⁹ Gás liquefeito de petróleo.

²⁴⁰ HÚGE, Jean; WAAS, Tom. Converging impact assessment discourses for sustainable development: the case of Flanders, Belgium. **Environment, Development and Sustainability**, A Multidisciplinary Approach to the Theory

Em estudo em que analisam análises de impacto regulatório feitas para regulações “economicamente significativas” por agências americanas em 2008, 2009 e 2010, Ellig, McLaughlin e Morrall III tanto afirmam que a qualidade das AIRs poderia ser caracterizada como inconsistente na melhor das hipóteses (apesar das Ordens Executivas e das orientações detalhadas expedidas para guiar esses trabalhos, em alguns casos estimativas *ex ante* das agências tenderam a superestimar custos e benefícios, por exemplo), quanto que elas não necessariamente têm sido influentes. Estudos de caso mencionados pelos autores mostraram que: mesmo análises regulatórias extensas apresentam problemas substanciais; AIR’s raramente *ditam* a decisão da agência, ocasionalmente *afetam* importantes aspectos das decisões e mais comumente têm *pequenos efeitos* nelas; a observância dos elementos principais da Circular A-4 e da Ordem Executiva n.º 12.866 em AIR’s feitas por agências americanas para regulação ambiental é menos provável nos aspectos que demandam recursos ou esforços substanciais²⁴¹.

Entre outras conclusões, afirmam referidos autores que os resultados por eles encontrados confirmam a suspeita de que análises e decisões regulatórias estão sujeitas à influência política, independentemente da administração (os maiores exemplos disso são as chamadas “midnight regulations”)²⁴². Os autores também sustentam que administrações diferentes parecem utilizar critérios variáveis para controlar a regulação, a depender das preferências políticas da entidade que a edita: para o universo analisado, agências mais conservadoras tenderam a produzir uma melhor análise no Governo Obama, e agências mais liberais tenderam a fazer o mesmo na administração Bush, o que sugeriria que as agências mais centrais e alinhadas com a administração não precisariam produzir uma análise de impacto tão boa para terem suas regulações editadas²⁴³.

Sobre a abordagem de realização de AIRs adotada pela União Europeia no início dos anos 2000, Ballantine e Devonald afirmam que, conceitualmente, ela falhou em atribuir responsabilidade para unidades de controle central de qualidade, como o Secretariado Geral e para o Tribunal de Contas, em observar a necessidade de fornecer adequado treinamento aos reguladores e em tratar de avaliações de impacto tanto para regulações existentes, como para

and Practice of Sustainable Development (Online), v. 13, Issue 3, pp 607–626, jun. 2011, p. 608. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/s10668-010-9279-z>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

²⁴¹ ELLIG, Jerry; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations. **Regulation & Governance (Online)**, v. 07, Issue 2, pp. 153/173, jun. 2013, p. 154. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

²⁴² **Ibid.**, p. 170.

²⁴³ **Id.**

as novas²⁴⁴. Na prática, dizem os autores, falhou-se, em muitos casos, na identificação da natureza fundamental do problema e de suas causas, em se fornecer uma cobertura equilibrada dos diferentes tipos de impactos, particularmente em questões de competitividade, ambientais e sociais, e em se justificar a escolha pela opção escolhida²⁴⁵.

3.2.2 Análise custo-benefício (ACB), valor estatístico da vida (VSL) e disposição para pagar (WTP)

Algumas objeções são feitas à análise custo-benefício, um dos principais métodos de avaliação dos efeitos da regulação que se pretende editar e de suas potenciais alternativas. As críticas recaem especialmente sobre a utilização do chamado “valor estatístico da vida” (VSL, na sigla em inglês), central para monetizar os benefícios de regulações que pretendem resguardar pessoas de riscos à saúde ou vida.

Para se chegar ao valor do VSL, pergunta-se quanto as pessoas estão dispostas a pagar para eliminar um risco – o foco recai sobre a “disposição para pagar” (em inglês, *willingness to pay* – WTP). É a WTP que, em geral, fornecerá os *inputs* para se chegar ao VSL, e há, basicamente, duas maneiras disponíveis para atribuição de valores monetários aos riscos estatísticos a partir do conceito de WTP: a primeira envolve os mercados do mundo real, para os quais se olha de sorte a conhecer quanto as pessoas recebem para enfrentar riscos de morte (no trabalho, por exemplo, ou como consumidores de produtos); a segunda envolve pesquisas em que se pergunta a pessoas quanto elas estão dispostas a pagar para redução de riscos²⁴⁶.

Essas duas maneiras de atribuir valores à disposição de pessoas em pagar para reduzir ou eliminar riscos sofrem críticas: enquanto a vantagem do segundo método apresentado está em isolar a WTP, o que o primeiro não faz (a pesquisa perguntará especificamente quanto se está disposto a pagar para eliminar o risco, enquanto que, no mundo como ele é, pode ser difícil isolar essa parcela), costuma-se apontar como desvantagem sua justamente o fato de ele ser hipotético e artificial, podendo não capturar o quanto de fato pessoas estariam dispostas a pagar²⁴⁷.

Além de serem questionáveis esses métodos de monetização dos benefícios de normas

²⁴⁴ BALLANTINE, Bruce; DEVONALD, Bethan. Modern regulatory impact analysis: The experience of the European Union. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, v. 44, Issue 1, pp. 57/68, fev. 2006, p. 67. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.yrtph.2005.06.016>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

²⁴⁵ **Id.**

²⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 42.

²⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, pp. 42/43.

propostas, porque poderiam não refletir o quanto as pessoas estão de fato dispostas a pagar, o que dizer de casos em que a ferramenta mostrar que elas não estão dispostas a fazê-lo?

No que chama de “casos fáceis”, em que *aqueles que se beneficiam da regulação arcam com seus custos*, Sustain defende que a resposta correta para situações em que a metodologia do WTP não justifica a edição da norma não é forçá-las a comprarem proteção que elas não querem, mas prever um subsídio que lhes entregará o benefício de graça ou pelo preço que, para elas, é aceitável. Em geral, diz o autor, a regulação não é a maneira apropriada para lidar com questões distributivas desse tipo²⁴⁸.

Já nos “casos difíceis”, em que *os beneficiários da regulação pagam apenas uma parte de seus custos*, o uso do VSL também pode apresentar problemas: o resultado de uma ACB baseada nessa metodologia pode indicar que a edição da regulação não se justificaria em situações nas quais, na verdade, *mesmo em termos de bem-estar*, a resposta deveria ser a contrária. Para ilustrar esta hipótese, Sunstein usa o seguinte exemplo: trabalhadores estão pagando trinta milhões de dólares por segurança no trabalho e consumidores estão pagando noventa milhões de dólares em decorrência disso, sendo que os benefícios monetizados dessa proteção, usufruídos pelos trabalhadores, são de setenta milhões de dólares. Nesse caso, os custos são maiores do que os benefícios, mas é possível que a regulação seja justificada em bases de bem-estar, ainda que a ACB baseada em VSL sugira que não. Isso porque, basicamente, os vencedores podem ganhar mais do que os perdedores perdem: os ganhos de bem-estar para os trabalhadores podem ser maiores do que as perdas em bem-estar para os consumidores²⁴⁹.

Nesses casos difíceis, Sunstein concorda com uma solução apresentada por Viscusi, para quem, usando um VSL uniforme entre diferentes populações, reguladores praticam uma forma implícita de redistribuição de renda, considerando que benefícios para os pobres recebem peso maior do que seria justificado por seus VSLs e benefícios para os ricos são subvalorizados. Neste caso, um VSL uniforme ajuda a assegurar que pessoas pobres se beneficiarão de redistribuição em forma de proteção contra riscos de mortalidade²⁵⁰.

Algumas críticas, como se pode notar, são dirigidas ao VSL e à WTP. Uma delas diz justamente que as pessoas têm o direito de não serem submetidas a riscos de certa magnitude, e o uso da WTP violaria esse direito. Sunstein apresenta a essa objeção, basicamente, a seguinte resposta: no geral, se está diante de casos em que presentes riscos estatisticamente baixos, e, quando não for esta a hipótese, a resposta correta não é forçar pessoas a comprarem proteção

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 41.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 60/61.

que elas não querem, mas prever um subsídio que lhes entregará o benefício de graça ou pelo preço que, para elas, é aceitável²⁵¹.

Outra objeção feita ao VSL se firma na distinção entre cidadãos e consumidores. O argumento é o de que pessoas são cidadãos, e não meros consumidores, de modo que suas escolhas derivam não da agregação de escolhas individuais de consumidores, mas de processos democráticos em que estão presentes reflexão e deliberação. Exemplos disso são a proibição do assédio sexual, da discriminação de sexo e raça e da crueldade com animais. A resposta de Sunstein a esta crítica parte da afirmação de que reflexão e deliberação dificilmente estão de fora do domínio do mercado. Além disso, é claro, diz o autor, que questões morais não devem ser resolvidas pela agregação de WTPs privados. Por vezes, as preferências de pessoas, mesmo que fundadas em WTP, revelam-se fora dos limites morais, e a elaboração da política não deve levá-las em consideração nesses casos. Do mesmo modo, pessoas podem estar indispostas a pagar por bens que são suportados por justificações morais fortes – em todos esses casos, o modelo de mercado é inaplicável e a WTP revela pouco²⁵².

Também se argumenta que, se terceiros podem ser lesados caso o risco em consideração se materialize, e se seu bem-estar não está sendo considerado, então o cálculo da WTP mostra-se seriamente incompleto. A resposta a este questionamento é, ao mesmo tempo, intuitiva e difícil de operacionalizar: reguladores deveriam considerar toda a gama completa de pessoas que podem ser afetadas adversamente, não apenas as que estão diretamente em risco²⁵³. O questionamento chama atenção para os *efeitos sistêmicos* da regulação. Uma decisão por regular energia nuclear pode aumentar a demanda por usinas a carvão, com consequências ambientais prejudiciais, incluindo um aumento na emissão de gases de efeito estufa – nesse tipo de caso, o regulador deve encarar “trade-offs saúde-saúde”, porque se está diante de normas desenhadas para melhorar a saúde que acabam por também prejudicar a saúde, de modo que os dois efeitos devem ser comparados. Para Sunstein, a ACB teria como virtude, justamente, requerer que se olhe amplamente para as consequências de ações aparentemente isoladas²⁵⁴.

Como se vê, diversas são as críticas e suas naturezas à ACB. Após descrever o que chamou de “revolução custo-benefício” pela qual passaram os EUA nos últimos quarenta anos, Sunstein indaga que bem, se algum, esta revolução trouxe. O ponto mais simples, enfatizado pelos conselheiros de Reagan, é também o mais importante para referido autor: regulações

²⁵¹ *Ibid.*, p. 56.

²⁵² *Ibid.*, p. 57/58.

²⁵³ *Ibid.*, p. 59.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 33.

devem melhorar as vidas das pessoas, autoridades não devem confiar em intuições, grupos de interesse, sondagens ou dogmas, e a ACB quantitativa seria, diante disso, o melhor método disponível para avaliação dos efeitos da regulação no bem-estar social²⁵⁵.

Sunstein reconhece que essa conclusão remete ao projeto utilitarista de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, marcado por controvérsias tão antigas quanto diversas, mas sustenta que a ACB é um esforço para implementar a ideia mais ampla de *welfarism* – ela não focaria só em prazeres e sofrimentos, mas incluiria tudo o que importa para o bem-estar das pessoas, incluindo bens tão diversos qualitativamente como saúde física e mental, cultura, água e ar limpos, segurança alimentar, acesso a prédios públicos, etc. Na maioria dos casos, aliás, defende o autor que não há conflito sobre o que decorre da ACB e o que resulta dos melhores argumentos sobre direitos humanos, e é por isso que, para ele, a revolução custo-benefício é *welfarist*, ao invés de utilitarista: acima de tudo, ela foca nas verdadeiras consequências de iniciativas regulatórias. Mesmo em casos nos quais a avaliação de custos e benefícios se mostre difícil, a ACB teria a grande virtude de explicar por que algumas decisões são difíceis, e de forçar autoridades a fazerem as perguntas certas. Em última instância, a ACB os levaria a perguntar: as vidas das pessoas estão sendo melhoradas, ou não?²⁵⁶

Por fim, a despeito das críticas vistas, a ACB também teria o mérito de servir como antídoto para vieses cognitivos, como o de disponibilidade, que fazem com que pessoas peçam por regulações ou não peçam por elas, quando não se mostra racional fazê-lo, por se estar diante de um risco baixo, ou de um risco alto não percebido. Uma das explicações apresentadas por Sunstein para isso parte de uma analogia com uma pesquisa feita pela ciência social contemporânea a respeito do chamado “efeito da língua estrangeira”, segundo o qual, quando pessoas usam uma língua que não a sua nativa, é menos provável que cometam alguns dos mais importantes erros descobertos em décadas de trabalho em ciência comportamental, porque estarão menos sujeitas às suas reações imediatas e mais propensas a pensar deliberativamente, ao invés de automaticamente²⁵⁷.

O ponto levantado por Sunstein é que a ACB poderia ser essa “língua estrangeira”, a fazer com que pessoas não cometam erros daquele tipo ao pedirem por regulações ou mesmo ao não pedirem por elas²⁵⁸. A ACB poderia evitar um *framing* calibrado pela “língua nativa” das pessoas, quer dizer, por suas intuições e vieses. A ACB seria essencialmente uma

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 22/23.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 24/25.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 34.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 34/35

linguagem, e uma que pode desafiar intuições comuns e que deve ser avaliada em termos de sua adequação com o que as pessoas, após um processo de reflexão detida, realmente valorizam²⁵⁹.

Em síntese, a despeito das críticas feitas à ACB e ao VSL, Sunstein defende que haveria um argumento consistente a suportar o seu uso: como reguladores não possuem boas ferramentas para medirem diretamente os efeitos de regulações no bem-estar, e como considerações sobre efeitos distributivos também podem criar sérios desafios, a melhor abordagem seria realizar a ACB, mas permitir que se desvie de seu resultado quando há razões fortes para se acreditar que a regulação na verdade aumenta o bem-estar ou está fortemente apoiada em considerações distributivas²⁶⁰.

3.2.3 AIR, conhecimento e orientação técnico-racional

Algumas críticas também são apresentadas aos potenciais de uma orientação técnico-racional, calcada na epistemologia positivista, para conduzir a produção e o uso do conhecimento no contexto de uma AIR.

Ao analisarem os procedimentos que pretendem orientar a realização de AIR em vinte e sete países membros e na União Europeia (previstos em guias, documentos relacionados, relatórios da OCDE, relatórios de avaliação e literatura acadêmica), Hertin et al afirmam que a análise de impacto tende a ser representada como um processo neutro de avaliação que informa tomadores de decisão a respeito de fatos; seu objetivo é realçar a elaboração de políticas públicas por meio da integração sistemática do estoque de conhecimento disponível nestes processos²⁶¹.

Isso porque, em resumo: a) os documentos normalmente não declaram um objetivo explícito; a avaliação é percebida como um esforço livre de valorações; os objetivos são fornecidos ou pela própria política pública, ou estão fora do escopo da AIR (quer dizer, aquele que usa a AIR não teria um papel construtor do objetivo, mas apenas de reconhecê-lo, tal como já formulado fora da AIR); b) os procedimentos de uma AIR são definidos normalmente como um processo linear com sequência de etapas analíticas que espelham as fases de uma resolução de problemas; c) a visão dominante parece ser a de que a AIR é uma tarefa puramente analítica

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 38.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 66.

²⁶¹ HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. *Forest Policy and Economics*, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009, p. 414. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 08 ago. 2019.

que é (e deve ser) separada da esfera política; assume-se que burocratas são neutros e baseiam suas decisões na melhor informação disponível; d) na maioria das jurisdições estudadas, os procedimentos não preveem um envolvimento ativo de *stakeholders* externos (não se identificou nenhum caso em que a participação é prevista na fase da elaboração da avaliação); e) unidades centrais de coordenação, no geral, ou não são mencionadas, ou são dotadas de um papel de suporte apenas, e não de *enforcement*; f) a maioria das jurisdições não estabeleceu quaisquer mecanismos formais para a cooperação entre departamentos no processo de AIR; g) apenas dois tipos de metodologia são normalmente mencionados, ACB e avaliação de custos administrativos, ao invés de se fornecerem incentivos à realização de análises que considerem uma ampla gama de impactos potenciais, incluindo efeitos colaterais²⁶².

Hertin et al concluem, com base nessa análise dos guias e demais documentos consultados, que a AIR é normalmente apresentada em quase total harmonia com um modelo técnico-racional de análise de políticas – a ideia é a de um processo neutro, baseado no conhecimento de experts, de apuração de fatos²⁶³.

Essa afirmação remete a dois modelos conceituais, por eles apresentados, sobre o papel do conhecimento na elaboração de políticas. A mencionada orientação técnico-racional é contruída a partir de uma epistemologia positivista, segundo a qual o conhecimento científico é objetivamente validado por meio da aplicação de sólida metodologia, que permite que o debate político seja “liberado” de *claims* baseados em interesses e em valores. Decisões são vistas como o resultado de um processo que pode ser subdividido analiticamente em passos. O modelo também invoca um agente unitário a quem as decisões são atribuídas. Desvios desses padrões serão entendidos como menos racionais, ou mesmo como irracionais²⁶⁴.

O segundo modelo apresentado pelos autores é por eles denominado de orientação pós-positivista, que apresenta algumas críticas ao primeiro modelo: ele seria teoricamente inadequado, considerando os questionamentos que se têm feito à legitimidade da distinção entre os domínios dos “fatos” e dos “valores”, e também politicamente inadequado, porque poderia abrigar o perigo de que as estruturas predominantes de poder, interesse e valor sejam reforçadas por meio da “cientificização” da política. Com esse segundo modelo, outras formas de conhecimento ganharam status, o que levou a uma ênfase da natureza contextualizada e linguística das pretensões de conhecimento relevantes para as políticas. A luta pela elaboração de uma política se torna uma luta pelo poder de enquadrar/apresentar/descrever um problema

²⁶² *Ibid.*, pp; 415/417.

²⁶³ *Ibid.*, p. 417.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 414.

político de uma certa maneira (e, portanto, também soluções políticas)²⁶⁵.

Se esses são os modelos, a prática da AIR mostra, segundo Hertin et al, um mundo diferente daquele imaginado nos guias e manuais, em que o instrumento é normalmente apresentado nas bases de uma orientação técnico-racional de análise de políticas. A afirmação está suportada por estudo conduzido pelos autores e realizado por quatro equipes, que empreenderam vinte e dois estudos de casos em cinco diferentes jurisdições (União Europeia, Dinamarca, Holanda, Polônia e Reino Unido). Suas principais conclusões apontam para uma grande variação dos processos e resultados, inclusive dentro da mesma jurisdição: a) AIRs superficiais foram feitas após as principais decisões já terem sido tomadas, com o único propósito de obedecer a um procedimento administrativo; b) alguns dos relatórios de AIR foram bem escritos e resultado de pesquisas rigorosas, mas entrevistas mostraram que eles por vezes serviram ao objetivo de justificar uma decisão já tomada e que tiveram pouco impacto na decisão; c) na prática, os processos descritos pelos guias e manuais são a exceção, e não a regra²⁶⁶.

Diante desse cenário, os autores, ao invés de investirem nos conselhos que a literatura convencional apresentaria para se chegar a avaliações mais efetivas (os focos seriam os processos, instituições, incentivos e recursos que podem melhorar a observância das boas práticas), apresentam cinco ilusões do modelo racional-instrumental de AIR. Hertin et al esperam, com isso, que as expectativas dos potenciais da AIR sejam recalibradas a partir do reconhecimento de limites de abordagens “racionalistas”, de sorte que as avaliações possam ser mais robustas e mais relevantes para o processo.

A ilusão da linearidade diz respeito à sequência de passos de uma AIR, tal como ordinariamente apresentada: supõe-se um processo linear em que etapas são percorridas em determinada ordem e um resultado final é atingido. Se esta é a estrutura suposta, porém, dizem os autores que a realidade mostrou que a sequência lógica e rígida não se fez presente em muitas das vezes (em vários dos casos estudados, por exemplo, as discussões se deram em torno de uma solução ou medida, ao invés de um problema)²⁶⁷.

Os estudos feitos permitiriam também apontar uma *ilusão da análise neutra e objetiva*: vários problemas identificados mostram que a expectativa de que a AIR forneça uma imagem confiável, objetiva e compreensiva dos potenciais impactos de uma medida é claramente não realista. A abordagem holística, prevista em muitos dos guias, de avaliação de todos os efeitos

²⁶⁵ **Ibid.**, pp. 414/415.

²⁶⁶ **Ibid.**, pp. 417/418.

²⁶⁷ **Ibid.**, p. 418.

diretos e colaterais estaria muito além das possibilidades da AIR na prática. Quase todos os casos analisados teriam mostrado que a análise de potenciais impactos futuros é necessariamente incerta, incompleta simplificada e potencialmente contestada, por razões diversas – dificuldades metodológicas, limitações de conhecimento, problemas de agência, disputas normativas insolúveis sobre a avaliação de diferentes tipos de impactos. Também teria restado evidente a adoção de um enquadramento analítico seletivo, o que, parcialmente, foi usado como estratégia para reduzir a complexidade que se enfrentava. Por outro lado, muitos entrevistados confirmaram a impressão de que a informação contida em AIRs é comumente filtrada e apresentada de modo que apoie e justifique a opção preferida (o que envolve a definição do problema, as alternativas, os tipos de impacto, métodos e escalas de tempo)²⁶⁸.

Além disso, também seria preciso ficar atento à *ilusão do tomador de decisão unitário*: apesar de a estrutura sugerida de uma AIR levar a crer que o resultado objetivamente encontrado se presta a subsidiar a tomada de decisão por um ator, diversos atores estão na mesa neste processo, e todos eles irão, de tempo em tempo, realizar declarações sobre impactos da medida considerada para legitimar o curso de ação que preferirem.²⁶⁹

A *ilusão de fechamento analítico*, por sua vez, se refere à suposição de que uma AIR “fecha” o processo de decisão ao fornecer uma imagem confiável da avaliação dos efeitos positivos e negativos da política em jogo. O problema, segundo Hertin et al, é que, na prática, isso só foi obtido em relação às AIRs mais “técnicas” conduzidas em políticas muito específicas; em casos mais complexos, AIRs tenderam a mostrar que é ampla a gama de consequências – algumas desejadas, algumas indesejadas, outras incertas – que não podem ser facilmente pesadas umas contra as outras, até por conta de problemas fundamentais de incomensurabilidade²⁷⁰.

Por fim, os autores apresentam a *ilusão de que o conhecimento relevante é detido apenas por experts*: ignora-se, partindo-se desta premissa, que o conhecimento de outros atores envolvidos com a regulação é importante para que se avaliem as suas consequências indesejadas e a magnitude de seus efeitos, e também para o desenvolvimento de normas e procedimentos que possam ser implementados na prática²⁷¹.

São essas as cinco ilusões que Hertin et al apresentam sobre a visão predominante de AIR encontrada nos guias e manuais por eles analisados, que contrasta com muito daquilo que

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 418

²⁶⁹ *Ibid.*, pp. 418/419.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 419.

²⁷¹ *Id.*

se verificou nos estudos de caso por eles conduzidos. Os autores reconhecem que, junto a tantos problemas, também foram encontradas excelentes análises conduzidas em paralelo ao processo de desenvolvimento da política, com a avaliação rigorosa dos principais efeitos esperados e não esperados de diferentes opções, o que levou a considerável aprendizado instrumental no desenho de políticas. Para voltar aos dois modelos conceituais apresentados sobre o papel do conhecimento na elaboração de políticas, os autores sustentam que elementos de uma orientação técnico-racional e de uma orientação pós-positivista são combinados na prática, sendo que, em casos nos quais não se está diante de altos riscos sociais e de um alto grau de complexidade científica, uma abordagem técnico-racional é até mesmo preferível²⁷².

Em suma, para os autores, a prática da AIR é uma em que conhecimento e políticas estão indissociavelmente ligados, e que combina evidências, lógica, normas, julgamentos e retórica em um determinado espaço político. Diante disso, nem os guias e manuais, nem os atores envolvidos nas análises deveriam esperar que a AIR produza *uma única melhor escolha*²⁷³.

²⁷² **Ibid.**, p. 415.

²⁷³ **Ibid.**, p. 420.

4 PROPORCIONALIDADE E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: ESTRUTURAS DE JUSTIFICAÇÃO SEMELHANTES, APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Apresentados origem, estrutura e problemas de AIR e de proporcionalidade, pretende-se explorar, neste capítulo, algumas similaridades e distanciamentos entre as ferramentas.

Por meio da Lei da Liberdade Econômica” (Lei Federal n.º 13.874/2019), torna-se a realização da análise de impacto regulatório obrigatória para órgãos e entidades da administração pública federal, quando pretendam editar ou alterar atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. A análise deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo, para que se possa verificar a razoabilidade do seu impacto econômico (artigo 5º da Lei).

Uma leitura possível deste artigo sugere como que AIR e proporcionalidade podem estar mais próximas do que parece à primeira vista. É curioso como que o próprio rótulo atribuído àquela Lei, associado à previsão contida no referido dispositivo, indica isto, ao colocar lado a lado direitos fundamentais e análises de consequências. Para que se fortaleçam os direitos fundamentais da livre iniciativa e do livre exercício de atividade econômica, uma das medidas adotadas pela Lei foi tornar a realização da análise de impacto regulatório obrigatória para a edição de atos normativos por órgãos e entidades da administração pública federal. O que se pretende com o levantamento dos efeitos do ato que se visa a editar é verificar a razoabilidade de seu impacto econômico. Direitos fundamentais (livre iniciativa e livre exercício da atividade econômica) são usados como o critério normativo de análise das consequências possíveis de atos estatais. Um processo consequencialista de tomada de decisão vale-se de princípios jurídicos em uma de suas etapas.

Além disso, os atos normativos aos quais se refere aquela Lei, muitas vezes, serão editados em nome da promoção/fomento de algum outro direito fundamental. Nesses casos, o problema jurídico pode até mesmo ser reformulado em termos de um exame de proporcionalidade: pretende-se editar determinado ato normativo com o objetivo de fomentar, por exemplo, a proteção à saúde, e é necessário verificar se o fomento deste direito se justifica, no caso concreto, às custas da livre iniciativa.

O ponto que se quer destacar por ora é que, talvez, não só princípios jurídicos possam ser usados em tomadas de decisão consequencialistas, ou a questão possa ser reformulada em termos de um exame de proporcionalidade em alguns casos, mas as considerações que serão feitas em um ou em outro cenário guardem algumas semelhanças não desprezíveis.

Antes de avançar, uma questão merece enfrentamento: ainda que a suspeita, que deriva do fato de ambas orientarem/controlarem escolhas normativas valendo-se de juízos prospectivos, seja confirmada, a análise de impacto regulatório não envolveria um tipo de trabalho diferente, pelo menos do ponto de vista qualitativo, ao se valer mais abundantemente de conhecimentos técnicos, e por que não por vezes consagrados, de outras áreas do saber? Responder esta questão, no fundo, já é adiantar parte das razões mais importantes que mostrariam como podem ser próximas as duas ferramentas. Como, porém, este talvez seja um desconforto quase que automático quando se pensa, numa primeira oportunidade, na comparação entre AIR e proporcionalidade, vale enfrentá-lo preliminar e brevemente.

4.1 Nem tão diferente

A operacionalização adequada da AIR depende, de modo importante, do trabalho de profissionais de outras áreas, como economistas, por envolver conhecimentos que estão fora do Direito. Isso é importante, aliás, para que ela não seja apenas um conjunto de referenciais retóricos utilizados para se justificarem decisões. Será, porém, que este é mesmo um traço distintivo relevante seu em relação à proporcionalidade? Ligada a esta indagação, também se pode perguntar: não seriam, ambas as ferramentas, utilizadas por instituições distintas e em momentos distintos?

Primeiro, se levado a sério seu principal referencial teórico, a proporcionalidade também pode ser vista como um exame rigoroso, informado empiricamente e em que juízos prospectivos estão em jogo, como se pretende a AIR. A etapa da adequação, por exemplo, exige que se investiguem relações de causalidade entre a medida e o objetivo que pretende promover; já a necessidade exige, firmada a premissa de que a medida em análise é adequada aos fins a que se propõe, que o tomador de decisão olhe para o mundo e considere a eventual existência de medidas alternativas ao ato estatal que tenham aptidão para promover o estado de coisas por ele visado com a mesma intensidade, mas que restrinjam em menor intensidade o direito por ele afetado. No exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é preciso manejar, entre outras variáveis da fórmula do peso, a confiabilidade das premissas empíricas que suportam a promoção e a restrição dos direitos envolvidos²⁷⁴. As análises que serão empreendidas em cada uma destas três etapas, se tomadas de modo rigoroso, poderão depender do recurso a considerações que estão “fora do direito”.

²⁷⁴ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, pp. 446/448.

Quando isso ocorrer – quando o recurso a conhecimentos extrajurídicos for determinante para se percorrerem, em juízos prospectivos, as etapas do exame de proporcionalidade –, os instrumentos estarão mais próximos do que se poderia supor. Em outros casos, nos quais a operacionalização do exame depender de modo mais fraco daquele tipo de conhecimento e exigir “simplesmente” o trabalho com considerações mais propriamente jurídicas, a aproximação entre eles fará menos sentido.

Este ponto será explorado em detalhes nas seções seguintes. O objetivo, aqui, é somente superar a intuição que pode levar a distinções equivocadas: por causa desses motivos, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, há algumas semelhanças não desprezíveis entre AIR e proporcionalidade.

Parte do desconforto inicial de se comparar AIR e proporcionalidade também pode estar ligado ao do fato de serem elas, tradicionalmente, atribuídas a pessoas/instituições e poderes distintos: técnicos e agências reguladoras na edição de regulações (ou em sua revisão), no primeiro caso; juízes e Poder Judiciário na revisão de medidas que, a pretexto de promover algum objetivo relevante, limitam direitos fundamentais, no segundo.

Estas relações, porém, apesar de corretas e de constituírem grande parte dos casos, não são necessárias. Elas podem ser minimamente diluídas se consideradas as inovações previstas na LINDB, especialmente em seu artigo 20, que pode fazer com que mesmo juízes utilizem passos e metodologias de uma análise de impacto regulatório na análise das consequências que suas decisões apoiadas em princípios jurídicos produzirão no mundo. Juízes também podem ser chamados a rever uma AIR preparatória de certa regulação cuja legalidade/legitimidade seja posta a sua apreciação (se devem fazê-lo, de que modo e qual a solução mais adequada caso entendam haver algum problema com a análise feita são outras questões). E juízes podem utilizar passos de uma AIR quando explicitamente valerem-se de argumentação consequencialista, seja porque entendem relevante fazê-lo no caso sob consideração, seja em casos nos quais o ordenamento jurídico já pede o recurso a considerações deste tipo²⁷⁵. De outro lado, o regulador (e mesmo o legislador), em juízo antecipatório, pode utilizar a proporcionalidade, considerando que o ato que pretende editar pode ser controlado com o auxílio deste exame.

²⁷⁵ Há quem proponha, por exemplo, que ministros do STJ, quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança feitos no âmbito do Direito Regulatório, utilizem uma decisão de segunda ordem, com base em um critério de “justificação de segunda ordem” pautada na isonomia, e apliquem etapas de uma análise de impacto regulatório. KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório**. 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Além disso, se o modo como a proporcionalidade tem sido *aplicada* em nosso Direito Público pode sugerir como inadequada a sua comparação com a AIR, que por aqui chegou mais recentemente e cercada por expectativas positivas, a AIR pode se mostrar limitada em determinados casos, *ainda que usada com rigor*. Se se diz que em alguns casos poderá ser muito difícil quantificar e comparar algumas das variáveis da fórmula do peso, não há dúvida de que o mesmo tipo de problema também pode ocorrer na operacionalização de uma análise de impacto regulatório. De acordo, por exemplo, com o Guia AIR editado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (Casa Civil/Presidência da República), mencionado nos capítulos anteriores, *quando possível*, devem ser quantificados os benefícios e custos das alternativas imaginadas para lidar com o problema regulatório identificado; *quando, porém, isso não for possível*, ou demandar custos e tempo desproporcionais, pode-se optar por métodos e técnicas que permitam a comparação entre alternativas a partir de critérios qualitativos²⁷⁶. Do mesmo modo, o *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)* esclarece, para a realidade norte-americana, que, segundo a Ordem Executiva n.º 13.563, quando for apropriado e permitido legalmente, as agências podem considerar e discutir qualitativamente *bens que são difíceis ou impossíveis de se quantificar*, como equidade, dignidade humana, justiça e impactos distributivos²⁷⁷. Também nesse sentido vai o guia de avaliação de impacto elaborado pela Comissão Europeia, que, em seu Capítulo III, diz que estas avaliações devem comparar as alternativas de política quanto a seus impactos econômicos, sociais e ambientais, quantificando os custos e benefícios *sempre que possível*²⁷⁸.

Referidas dificuldades podem até mesmo se mostrar insuperáveis, se pensarmos na atuação da AIR em cenários de tomada de decisão sob condições de ignorância/incerteza. Referimo-nos, aqui, ao conceito desenvolvido pela “teoria da decisão”. Esta, segundo Resnik, “é o produto de esforços conjuntos de economistas, matemáticos, filósofos, cientistas sociais e estatísticos voltado a dar sentido a como indivíduos e grupos tomam e devem tomar

²⁷⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR**. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁷⁷ 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>. Acesso em: 23 maio 2018.

²⁷⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **Better regulation: guidelines and toolbox**. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en>. Acesso em: 21 dez. 2018. À Comissão Europeia compete, no processo legislativo ordinário da União Europeia, apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho europeus.

decisões”²⁷⁹. Por vezes, podemos estar certos de que nossos atos levarão a determinado resultado; em outras situações, sabemos apenas que nossas escolhas podem levar a determinados resultados com alguma probabilidade; por fim, haverá eventos em que não teremos qualquer ideia sobre a relação entre o ato a ser praticado e os possíveis resultados, ou não poderemos atribuir probabilidades de ocorrência a resultados previstos²⁸⁰. Na linguagem da teoria da decisão, nesses casos se está diante, respectivamente, de uma decisão sob condições de (i) certeza, (ii) risco e (iii) ignorância/incerteza.

Num cenário de incerteza radical, em que não é possível atribuir probabilidades aos resultados que emanarão de um ou mais cursos de ação, ou mesmo prever esses resultados, a tomada de decisão vai envolver pelo menos um tipo de escolha que poderia soar arbitrária: aquela sobre qual é o critério que irá orientá-la. A teoria da decisão apresenta, neste plano de meta-justificação, uma série de critérios para resolver o problema de primeira ordem que se apresenta, que variam conforme o tipo de caso para o qual se olha²⁸¹. Então, ainda que a ciência tenha condições de antecipar efeitos de alternativas de decisão em uma série de cenários, haverá casos em que se estará diante de problemas de tomada de decisão sob condições de incerteza radical. Nestes cenários, a AIR não “funcionará sozinha”: não sendo possível antecipar os efeitos no mundo da regulação proposta e de suas alternativas, será preciso buscar um meta-critério que oriente a decisão do caso²⁸² (o problema deixa de ser *gradual* e se torna *estrutural*). Não é que a AIR deixa de ser útil ou relevante, mas sua importância estará justamente limitada a abrir as portas para as soluções associadas à tomada de decisão sob condições de ignorância.

O ponto é que, como se disse mais acima, se usado de maneira rigorosa, o exame de proporcionalidade também pode exigir investigações sérias sobre relações de causalidade, o que pode também levar a cenários de ignorância, ou mesmo de risco ou certeza. Qualquer destes cenários, portanto, pode ser o caso, seja no uso da proporcionalidade, seja no da AIR.

Se parece mais fácil visualizar esta questão para a AIR, que opera por meio de uma

²⁷⁹ RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006, p. 3.

²⁸⁰ **Ibid.**, pp. 13/14.

²⁸¹ São exemplos disso: VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**. Cambridge: HUP, 2003, cap. 6; e RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006, pp. 21-40.

²⁸² Este critério poderá ser, por exemplo, a depender das circunstâncias do caso, a *precaução*. Tratando esta, a partir do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre os campos eletromagnéticos de linhas de energia, como uma “*regra de decisão* aplicável quando há incerteza científica radical quanto aos *efeitos* de medidas que podem afetar a realização de objetivos constitucionais específicos, como saúde e meio ambiente”, LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? **JOTA**, 13 jun. 2016. Disponível em <<https://www.jota.info/colunas/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>>. Acesso em 30 dez. 2018.

sequência de passos em que é decisiva a avaliação dos efeitos de alternativas decisórias, vejamos, agora em mais detalhes, o tipo de raciocínio que ambas as ferramentas guardam em comum e os problemas que ele carrega, e o porquê de a proporcionalidade se valer de juízos semelhantes.

4.2 Raciocínios consequencialistas: estrutura e problemas

A proporcionalidade calibra a realização de princípios, que são normas com estrutura teleológica, enquanto a AIR pressupõe a análise dos efeitos da medida proposta e de suas alternativas, por meio de raciocínio prospectivo/consequencialista. A operacionalização de ambas guarda um decisivo elemento em comum, porque a justificação de decisões com base em princípios depende também do recurso a raciocínios consequencialistas. O ponto será explorado na Seção seguinte; nesta, importa apresentar a estrutura de raciocínios consequencialistas e seus problemas.

A estrutura por meio da qual raciocínios consequencialistas são feitos pode ser explicada com a menção a duas dimensões. Primeiro, qualquer juízo consequencialista, como diz Schuartz, “contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência”²⁸³. O alcance universal da pretensão de validade que um juízo consequencialista carrega restringe-se justamente a esta dimensão sua: a especificação das consequências de cada alternativa de decisão será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que elas são diversas daquelas imaginadas pelo decisor²⁸⁴.

A outra dimensão de um juízo consequencialista, que se chama de normativa, consiste na “ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos”. Dela, se pode cobrar a consistência interna e também, pensando na sua aplicação no Direito, “dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular”²⁸⁵.

Como se vê, “juízos consequencialistas exibem uma estrutura dual, com cada elemento que os compõe (i. e., o descritivo e o normativo) estando sujeito a diferentes condições de

²⁸³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008, p. 131. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 13 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

²⁸⁴ **Id.**

²⁸⁵ **Ibid**, p. 132.

racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo”²⁸⁶.

Em síntese, o que se tem é uma dimensão *descritiva*, em que “não há propriamente decisão, mas simplesmente prognoses sobre o que pode ocorrer caso o tomador de decisão opte por qualquer um dos possíveis caminhos decisórios”²⁸⁷, e outra *normativa*, “no âmbito da qual se prescreve a adoção do curso de ação ao qual estiverem vinculadas as consequências preferíveis” de acordo com o critério de valoração de efeitos indicado²⁸⁸.

E que problemas esses juízos podem carregar? Foi dito, mais acima, com apoio em ideias desenvolvidas pela teoria de decisão, que há casos em que as relações entre alternativas decisórias e consequências não se dão sob condições de certeza, mas de risco (quando não se tem certeza de que a alternativa levará a determinado resultado, mas é possível estimar probabilidades em que isso ocorrerá), ou de ignorância (quando sequer é possível estimar probabilidades, ou mesmo conhecer os efeitos da alternativa). Raciocínios consequencialistas podem, como sugerem essas constatações, apresentar alguns problemas estruturais, e conhecê-los é primordial, como diz Leal, para o “desenvolvimento de metodologias de decisão capazes de elevar os níveis de racionalidade de processos decisórios, dentro ou fora do direito, orientados na valoração de efeitos de diferentes cursos de decisão”²⁸⁹. Estes problemas podem afetar tanto a dimensão positiva/descritiva, quanto a dimensão normativa do raciocínio.

Na dimensão positiva, dois problemas podem aparecer. Um deles refere-se à extensão das cadeias de consequências: a questão relevante a ser enfrentada nesse caso é determinar até quando consequências devem ser consideradas, uma vez que “Cursos de ação geram efeitos que podem produzir novos efeitos que, por seu turno, podem produzir novos efeitos e assim sucessivamente”²⁹⁰.

O outro problema que incide na dimensão descritiva do tipo de raciocínio aqui considerado refere-se a como controlar prognoses: “Se, para dizer com Luhmann, existe uma assimetria insuperável entre o futuro presente e o presente futuro”, afirma Leal, “a validade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado”²⁹¹.

²⁸⁶ **Ibid.**, p. 133.

²⁸⁷ LEAL, Fernando A. R. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer?, p. 90. *In*: Armando Castelar Pinheiro; Antônio J. Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. (Org.). *Direito e Economia: Diálogos*. 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 85-113, 2019

²⁸⁸ **Id.**

²⁸⁹ **Id.**

²⁹⁰ **Ibid.**, p. 94.

²⁹¹ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 28.

Se isso é verdade, “então a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?”²⁹². A questão diz respeito, portanto, à confiabilidade/precisão das análises dos efeitos que as medidas em jogo provocarão no mundo.

Já na dimensão *normativa* de raciocínios consequencialistas, é possível enxergar três tipos de problema: (i) o controle dos critérios usados para ordenar o estado de coisas associados às alternativas decisórias; (ii) “a definição e a estabilização dos sentidos destes critérios de valoração, sobretudo quando vagos”; e (iii) “como solucionar possíveis colisões entre critérios de valoração igualmente aplicáveis à mesma situação”²⁹³. Em três perguntas: qual o critério que deve ser utilizado, quem deve escolhê-lo e de que modo, para, no caso em exame, ranquear os pares “alternativas decisórias disponíveis-respectivos efeitos”? Qual é o sentido desse critério? O que fazer quando há mais de um critério?

Passe-se a ver, enfim, por que princípios exigem raciocínios consequencialistas e a razão pela qual a proporcionalidade, em suas três etapas, pode lidar com juízos desse tipo.

4.3 Princípios, proporcionalidade e raciocínio consequencialista

De acordo com o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O pano de fundo desta inovação levada à LINDB corresponde ao “uso pouco parcimonioso de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas”²⁹⁴. Dito de maneira direta por um dos autores intelectuais do Projeto, viveríamos em um “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”²⁹⁵.

Pretendendo tratar deste problema, o mencionado dispositivo determina que a autoridade administrativa, controladora ou judicial que use em sua fundamentação “valores jurídicos abstratos” considere as consequências práticas de sua decisão. Eleva-se a consideração das consequências práticas à condição de item obrigatório na fundamentação de decisões jurídicas que tenham, como razão de decidir, princípios jurídicos.

²⁹² **Id.**

²⁹³ **Ibid.**, p. 29.

²⁹⁴ **Ibid.**, p. 25.

²⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo Para Céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 60.

Uma das observações feitas por Fernando Leal ao referido dispositivo aponta que ele pode ser problematizado por investir, no fundo, em uma redundância:

Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam. Isso não é pouco na nossa realidade – ainda que não seja metodologicamente inovador.²⁹⁶

Uma vez que aos princípios estão vinculados determinados estados de coisas a serem promovidos, o trabalho com normas deste tipo – a análise de medidas que potencialmente promovem ou restringem os estados de coisas a elas ligados – *já deveria envolver, com ou sem a novidade legislativa, o recurso a raciocínios consequencialistas*²⁹⁷.

Detalhando o ponto, vale mencionar o conceito desenvolvido por Humberto Ávila, para quem princípios

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁹⁸

A parte final da definição é esclarecedora: a aplicação de princípios requer “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

Considerando-se, portanto, que a tomada de decisão com base em princípios jurídicos envolve um juízo sobre os possíveis efeitos de medidas destinadas a realizar os estados de coisas

²⁹⁶ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 28.

²⁹⁷ É por isso que, como diz Leal, o novo dispositivo legal poderia ser até mesmo considerado redundante, ainda que, num cenário em que princípios são usados de maneira desordenada, obrigar que o recurso a um princípio vago seja acompanhado da menção às consequências de alternativas de decisão pareça, ao menos do ponto de vista quantitativo, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago outras questões, porém, que dizem respeito à qualidade das decisões influenciadas pela nova norma, poderiam ser apontadas, em razão dos problemas relacionados ao trabalho com consequências em processos de tomada de decisão e da falta de mecanismos, na norma aprovada, que busquem minimizá-los. **Ibid.**, pp. 27/30.

²⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros. 2006, pp. 78/79.

a eles vinculados, justificar decisões com base em princípios passa por recorrer-se a raciocínios consequencialistas. Aliás, talvez essa seja uma das principais considerações que acomodam raciocínios consequencialistas como método de interpretação e aplicação do direito. Como diz Arguelhes,

(...) o raciocínio consequencialista parece ser inerente ao trabalho de interpretação e aplicação do Direito quando houver princípios envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica.²⁹⁹

Pensando em um cenário em que mais de uma alternativa de ação está disponível, o que se terá é a especificação de condutas possíveis e de suas consequências caso adotadas (dimensão positiva/descritiva do raciocínio), seguida da ordenação dos pares alternativas/consequências de acordo com o critério de valoração presente, o estado de coisas associado ao princípio incidente (dimensão normativa). O critério de valoração – o estado de coisas vinculado ao princípio – orientará a escolha da conduta cujas consequências, conforme as prognoses realizadas, mais dele se aproximem. Será privilegiada, em outras palavras, a alternativa que, segundo a previsão feita, realize o estado de coisas associado ao princípio na maior medida possível.

Este tipo de raciocínio está presente no trabalho com princípios que o exame de proporcionalidade exige. O processo de “ponderação” ou “balanceamento” não se resume, como diz Leal, “a uma simples atribuição justificada de pesos às razões sustentadas por cada uma das normas imbricadas no caso concreto, para que, ao final, possa-se optar não arbitrariamente pela razão “mais pesada””³⁰⁰. Ponderar significa, mais do que isso, perseguir a melhor harmonização possível entre as normas em tensão “tanto relativamente às possibilidades fáticas (o que se busca por meio da aplicação dos exames de adequação e de necessidade) quanto em relação às possibilidades jurídicas (dever relacionado à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito)”³⁰¹.

O teste de adequação, por exemplo, é explicado por Chang e Dai com a referência a um argumento teleológico: se X é um objetivo desejável, e Y é adequado para alcançar X, logo Y

²⁹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização, p. 18. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 27/05/2019.

³⁰⁰ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas -- What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems**. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 412.

³⁰¹ **Id.**

deve ser adotado³⁰². No silogismo apresentado pelos autores, X é o objetivo perseguido e está contido na a premissa maior, em que é feita uma avaliação normativa; e Y é uma alternativa decisória e está contido na premissa menor, em que se afirma uma relação causal.³⁰³

A relação causal, moldada em uma maneira mais formal/filosófica, é chamada por aqueles autores de um “fato que faz diferença” (*difference-making fact*) – ao apontar a diferença que um ato faz, um *difference-making fact* fornece uma explicação teleológica ou consequencialista de o porquê este ato deve ou não deve ser adotado, e, portanto, constitui uma *razão normativa* para praticar ou não praticar este ato. Uma vez que o objetivo normativo é estabelecido, a justificação para a conclusão normativa – isto é, se uma certa ação deve ser tomada para atingir o objetivo – é contingente em relação aos “fatos que fazem diferença” relevantes. É por isso que, segundo os autores, no exame de proporcionalidade (como em outros argumentos jurídicos normativos consequencialistas ou teleológicos), fatos empíricos necessariamente sustentam a argumentação normativa³⁰⁴.

Por vezes, mesmo a determinação do objetivo desejável pode demandar esforço empírico (se ele é, por exemplo, a “intenção original dos constituintes”, ele poderia ser verificado por meio de investigações históricas). Seja como for, uma vez estabelecido o sentido do objetivo desejável, o argumento normativo depende de se a relação causal (a premissa menor) se sustenta, e relação requer *fatos que fazem a diferença* que possam servir como razões normativas³⁰⁵.

Esses “fatos que fazem diferença” são estabelecidos, muitas vezes, não em relações *certas*, mas *probabilísticas* (por exemplo, Y pode não levar sempre a X, mas a existência de Y pode aumentar a probabilidade de X em 70%).

Um exemplo prático sobre as relações causais que devem ser investigadas em argumentação teleológica é apresentado pelos autores: em *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), a Suprema Corte entendeu ser constitucional a ação afirmativa da política de admissões da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan – o Tribunal confiou na inferência de que estudantes de diversas origens melhoram a discussão em sala de aula e a experiência educacional³⁰⁶.

Já na etapa da necessidade, juízos sobre inferências causais devem suportar as

³⁰² CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 38. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

³⁰³ **Id.**

³⁰⁴ **Ibid.**, pp. 43/45.

³⁰⁵ **Ibid.**, p. 40.

³⁰⁶ **Ibid.**, p. 42.

conclusões de que as medidas alternativas ao ato estatal são ao menos tão aptas quanto ele à promoção do objetivo buscado; e essas medidas alternativas restringem em menor intensidade o direito atingido pelo ato estatal.

Também na proporcionalidade em sentido estrito se nota o trabalho com juízos prospectivos e com exames do tipo *meio-fim*, o que pode ser verificado no manejo da confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro. Chamada, por Alexy, de *segunda lei do sopesamento*, ou *lei epistêmica do sopesamento*, a ideia que orienta a atribuição de valores a esta variável, como já visto, é a seguinte: quanto mais pesar uma restrição a um direito constitucional, maior deve ser a certeza de suas premissas subjacentes³⁰⁷.

É preciso dizer que, ainda que a proporcionalidade seja vinculada, normalmente, à revisão de atos já praticados, o exame pode ser considerado uma metodologia prospectiva de justificação, na medida em que sua operacionalização exige que se trabalhe com contrafactuais – cada uma das perguntas feitas em suas duas primeiras etapas (adequação e necessidade) e em uma das variáveis da fórmula do peso (a confiabilidade das premissas empíricas) é orientada por essa lógica.

Ao traçar distinções entre pragmatismo jurídico, utilitarismo e análise econômica do direito, Gustavo Binbenbojm afirma que esta última pode tanto servir como instrumento para identificar a relação de causalidade entre decisões possíveis e suas respectivas consequências econômicas (atuando na dimensão descritiva do juízo consequencialista), como para valorar possíveis consequências de certas medidas (atuando na dimensão normativa do juízo consequencialista). Nesta segunda hipótese, pode ser, diz o autor, que ela argumente em prol da “indesejabilidade” de algumas consequências possíveis de decisões, como no caso de um estudo revelando que a adoção de certa decisão produziria, na prática, resultado diametralmente oposto ao esperado. Esse efeito paradoxal, diz Binbenbojm, – e aqui está o ponto para o qual se pretende chamar atenção neste momento – “costuma ser glosado pelo direito mediante aplicação dos exames pragmáticos da proporcionalidade”³⁰⁸. De fato, podem ser considerados pragmáticos estes exames, porque eles exigem avaliação de consequências práticas de cursos de ação possíveis.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. v.16. 2003, p. 446.

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 59.

4.4 Aproximações e distanciamentos

Expostos os juízos que são empreendidos em cada um dos instrumentos, a semelhança mais forte entre AIR e proporcionalidade é explicada pelo fato de que ambas podem ser vistas como *ferramentas de decisão orientadas para o futuro*. Na verdade, cada um desses atributos importa: o fato de estruturarem/orientarem a tomada de decisão por meio de uma sequência ordenada de passos, bem como os juízos prospectivos e o recurso a conhecimentos extrajurídicos que podem ser exigidos nesse empreendimento.

4.4.1 Moldura: risco de uso estratégico, vantagens e falácia comparativa

Viu-se que, no geral, o primeiro passo da AIR consiste na descrição da necessidade da ação regulatória, do problema que se quer endereçar: a ação se dirige a uma falha de mercado (como externalidades e assimetrias de informação), ou a outra necessidade pública relevante, como a promoção de valores da privacidade ou da dignidade humana? Qual é o problema que se pretende tratar? Fazendo um paralelo com a proporcionalidade, esse primeiro passo remete à indagação, feita nesse exame, dos objetivos que a medida estatal pretende promover.

A definição do problema que a medida regulatória se propõe a enfrentar é alvo de algumas críticas, vistas no Capítulo anterior, que a literatura apresenta à operacionalização da AIR, por conta da confusão que por vezes se faz dela com os meios para alcançar o objetivo visado (ou com o próprio objetivo), o que revelaria, em alguns casos, a preferência da agência por uma opção e a realização de uma AIR “pro forma”. Como se viu, um dos prejuízos que resulta da descrição equivocada do problema é o contágio das demais etapas, o que pode, ao final, implicar a adoção de uma solução inapropriada – e por vezes já antecipada. Tem-se aqui, portanto, um risco de manipulação da ferramenta por seu operador, que pode moldar o problema a ser enfrentado de modo a já preparar o caminho para as soluções de sua preferência.

O mesmo risco pode estar presente em etapas posteriores da AIR: mesmo Sunstein, um dos principais defensores da ACB, reconhece, ainda que diga que não é exatamente fácil fazê-lo, que pessoas podem apresentar custos e benefícios de certas maneiras, para tentar fazer determinado resultado parecer melhor³⁰⁹. José Vicente Santos de Mendonça, em sentido semelhante, menciona uma das críticas lançadas contra a ACB, “método por excelência” da AIR: há sempre o risco de se esconderem ou acrescentarem dados irrelevantes com o propósito

³⁰⁹ SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit Revolution*. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 38.

de forçar um resultado (referido autor também afirma que pode-se alegar, “contra seu utilitarismo filosófico de base, que ele é pouco claro em relação aos critérios que adota para a hierarquização das utilidades”)³¹⁰.

Se, como dizem Hertin et al, a AIR tende a ser apresentada como um processo neutro de avaliação, que informa tomadores de decisão a respeito de fatos e que tem por objetivo realçar a elaboração de políticas públicas por meio da integração sistemática do estoque de conhecimento disponível nestes processos, a prática pode mostrar um mundo diferente daquele imaginado nos guias e manuais. Na teoria, a avaliação é percebida como um esforço livre de valorações, de modo que aquele que opera a ferramenta não teria um papel construtor do objetivo a ser buscado, mas apenas de reconhecê-lo, tal como já formulado *fora* da AIR³¹¹. Além disso, os autores afirmam que os guias e manuais por eles analisados costumam definir a AIR nos termos de um processo linear, em que presente uma sequência de etapas analíticas que espelham as fases de uma resolução de problemas – a visão dominante seria a de que a AIR é uma tarefa puramente analítica que é (e deve ser) separada da esfera política. Assume-se que burocratas são neutros e baseiam suas decisões na melhor informação disponível³¹².

Nos casos analisados por referidos autores, porém, em discrepância com as pretensões dos guias e manuais, constatou-se por vezes a adoção de um *enquadramento analítico seletivo*, o que, parcialmente, foi usado como estratégia para redução da complexidade que se enfrentava. Também se confirmou a suspeita de que a informação contida em AIRs pode ser filtrada e apresentada de modo a apoiar e justificar a opção preferida, o que envolve a definição do problema, suas alternativas e os tipos de impacto³¹³. A realidade analisada por Hertin et al mostrou que a sequência lógica e rígida pressuposta em guias e manuais não se fez presente em muitas das vezes – em vários dos casos estudados, por exemplo, as discussões se deram em torno de uma solução ou medida, ao invés de um problema³¹⁴. Outras críticas apresentadas no capítulo anterior mostraram os mesmos tipos de problemas.

Será que é possível identificar questão semelhante para a proporcionalidade? Como dito mais acima, a descrição do problema na AIR está para a descrição do objetivo pretendido pela medida estatal no exame de proporcionalidade, análise que se faz em sua etapa da adequação:

³¹⁰MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

³¹¹ HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009, p. 415. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 08 ago. 2019.

³¹² **Ibid.**, pp. 415/416.

³¹³ **Ibid.**, p. 418.

³¹⁴ **Id.**

que objetivo relevante ela se destina a fomentar? No enfrentamento desta pergunta, não só discussões podem envolver quais fins uma medida estatal pode legitimamente buscar, mas também a própria identificação dos objetivos que estão em jogo pode depender de atividade criativa do aplicador, que pode exercer uma espécie de *poder de moldar o caso* ao selecionar as normas relevantes incidentes. Ainda que a medida estatal claramente tenha sido editada em nome da promoção de determinado objetivo, o julgador pode sempre selecionar um princípio ou direito fundamental que com aquela se chocaria, desenhando o caso sob sua apreciação.

Assim como na AIR, o operador da proporcionalidade pode, ao “montar o problema” que terá de resolver, já encaminhar a solução. E problema semelhante pode incidir nas etapas posteriores do exame: a busca por medidas alternativas, as análises de suas consequências e a valoração da confiabilidade das premissas empíricas que suportam o ato estatal, por exemplo, podem ser usadas seletivamente.

Se já parece haver mais clareza, em nossa prática, desse *risco de moldura* para a proporcionalidade, as questões levantadas podem sugerir que uma das declaradas vantagens da AIR – permitir a condução de um processo neutro, no qual, percorridas algumas etapas de modo rigoroso, se chega ao melhor resultado – não necessariamente se verificará. O risco é que ela seja usada estrategicamente para legitimar resultados. O fato de, assim como a proporcionalidade, ela se pretender um roteiro de decisão apoiado em raciocínio consequencialista implica a atração de potenciais problemas que incidem em suas dimensões positiva (especialmente a confiabilidade das prognoses) e normativa (qual o critério de valoração das alternativas, qual seu sentido e o que fazer quando há mais de um critério?).

Por outro lado, se os riscos apontados mais acima foram verificados na prática e são possíveis teoricamente em razão do tipo de metodologia de decisão que está por trás da AIR, seria também possível, justamente em razão das considerações que são tomadas no uso do instrumento, enxergar vantagens decorrentes da sequência de passos que deve nela ser observada.

Para Sunstein, a ACB, um dos principais métodos da AIR, teria o mérito de servir como antídoto para vieses cognitivos, como o de disponibilidade, que fazem com que pessoas peçam por regulações ou não peçam por elas, quando não se mostra racional fazê-lo, por se estar diante de um risco baixo, ou de um risco alto não percebido. Uma das explicações apresentadas por referido autor para isso parte de uma analogia com uma pesquisa feita pela ciência social contemporânea a respeito do chamado “efeito da língua estrangeira”, segundo o qual, quando pessoas usam uma língua que não a sua nativa, é menos provável que cometam alguns dos mais importantes erros descobertos em décadas de trabalho em ciência comportamental, porque

estarão menos sujeitas às suas reações imediatas e mais propensas a pensar deliberativamente, ao invés de automaticamente³¹⁵. O ponto levantado é que a ACB poderia ser essa “língua estrangeira”, a fazer com que pessoas não cometam erros daquele tipo³¹⁶. A ACB poderia evitar um *framing* calibrado pela “língua nativa” das pessoas, quer dizer, por suas intuições e vieses, que as faria colocar questões e pedir ou não por regulações de uma forma não racional. A análise custo-benefício seria essencialmente uma linguagem, e uma que pode desafiar intuições comuns e que deve ser avaliada em termos de sua adequação com o que as pessoas, após um processo de reflexão detida, realmente valorizam³¹⁷.

É por isso que, de acordo com Sunstein, o fato de a ACB requerer especificação (o que significa requerer que benefícios justifiquem custos?) não significa que falte a ela força. O “princípio custo-benefício”, diz o autor, requer que pessoas façam excelentes perguntas, e ele disciplina como elas podem respondê-las³¹⁸. Em algum sentido semelhante, a OCDE, em uma de suas publicações, afirma que os resultados de um sistema de AIR que funcione bem emergem no *longo prazo*, e desde que a ferramenta seja adequadamente integrada no processo de elaboração de políticas³¹⁹ – é a reiteração do uso do instrumento, com a consolidação de práticas sobre as metodologias nele utilizadas, que pode levar a ganhos no longo prazo.

Um dos grandes méritos que a proporcionalidade pode ter é justamente este tipo de organização do processo decisório. Antes de buscarem determinar o conteúdo de juízos normativos singulares por meio de elementos de lógica formal ou fórmulas aritméticas, as ferramentas que orientam o exame são responsáveis pela “fixação dos ônus de argumentação a serem superados para a justificação dos resultados de colisões entre princípios”³²⁰; elas orientam “o caminho argumentativo que deve ser pavimentado pelo juiz em suas decisões”³²¹.

Há, é verdade, quem critique os roteiros fornecidos pela proporcionalidade, ao problematizar o uso de referido exame mesmo em sede de controle judicial, entre outros motivos, porque colocar as coisas em termos de “direitos sendo restringidos” e “interesses estatais a serem alcançados” induziria revisores à aversão à perda, enviesando-os a colocar mais peso em direitos do que em interesses estatais. Com isso, deixar-se-ia de atribuir peso extra a

³¹⁵ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 34.

³¹⁶ **Ibid.**, pp. 34/35.

³¹⁷ **Ibid.**, p. 38.

³¹⁸ **Ibid.**, p. 06.

³¹⁹ OCDE. **OECD Regulatory Policy Outlook 2015**, OECD Publishing, Paris, p. 108. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>> . Acesso em 22 out. 2019.

³²⁰ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 183.

³²¹ **Ibid.**, p. 184.

direitos representados pela medida estatal³²². Também o viés de disponibilidade poderia incidir aqui, fazendo com que a declaração de inconstitucionalidade por uma corte, tomada pelos autores da crítica como um evento de baixa probabilidade, se torne bastante saliente para tomadores de decisão³²³.

De todo modo, se há vantagens e desvantagens que decorrem do fato de AIR e proporcionalidade serem metodologias de decisão, e metodologias orientadas para o futuro, o risco de uso estratégico não é suficiente, por si só, à conclusão de que não vale a pena investir no uso e no aprimoramento da AIR, cada vez mais incentivados. Esse é um tipo de risco que incide sobre diversas outras metodologias de decisão, e a análise de seus potenciais e de suas consequências deve ser feita com o mesmo rigor para cada uma delas, evitando-se falácias comparativas.

A explicação é do mesmo tipo daquela que se apresenta em relação à crítica da irracionalidade da ponderação: assim como existe uma diferença entre o exame de proporcionalidade e uma orientação aberta para que, simplesmente, “se faça a coisa certa”, uma vez que a estruturação do exame, com a fixação de importantes ônus de justificação que influenciam o resultado, o tornam não menos racional do que várias outras abordagens de tomada de decisão que estão muito aquém da precisão matemática e da certeza verificável³²⁴, também a estruturação da AIR pode carregar essas expectativas para o trabalho com consequências de alternativas decisórias. Se é cada vez mais incentivada, no Direito Público brasileiro, a tomada de decisão com base em consequências práticas, a adoção e a estabilização de metodologias que pretendem organizar a sua consideração parecem ter pelo menos algumas coisas boas a oferecer, apesar das críticas que se possa realizar. Volta-se a essas observações ao final deste trabalho.

4.4.2 Justificando medidas que interferem em bens e direitos

Etapa fundamental da AIR consiste na identificação de uma gama de alternativas regulatórias potencialmente eficazes para o atingimento do objetivo pretendido. De acordo com a orientação do *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, vista no Capítulo 2,

³²² CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

³²³ *Ibid.*, pp. 24/25.

³²⁴ SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text**. Draft, 2009, p. 04. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1403343>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

particular atenção deve ser dispensada à identificação e avaliação de abordagens *flexíveis*, incluindo a utilização de incentivos econômicos e o fornecimento de informações, de modo que, se e dentro do possível, se mantenha a liberdade de escolha³²⁵. Por exemplo, se a agência considera o banimento de um produto perigoso, ela pode cogitar, ao invés disso, requerer a divulgação dos seus riscos para a saúde. Entre outras alternativas regulatórias sugeridas, estão as soluções de mercado (*market-oriented approaches*), ao invés de controle direto; as medidas informacionais; os requerimentos baseados no tamanho das empresas a que se dirigem. Além disso, estabelece-se que, no mínimo, a agência deve comparar, com a sua opção inicial, uma mais rígida e uma menos rígida, avaliando os custos e benefícios das três possibilidades, de modo a considerar qual delas alcança os maiores benefícios líquidos³²⁶.

O Guia AIR editado pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (Presidência da República), de seu modo, pede algo parecido: na descrição das possíveis alternativas para enfrentamento do problema, é preciso considerar a opção de *não ação*, além de, sempre que possível, opções *não normativas*. Estas são as opções de intervenção que buscam resolver problemas regulatórios por meio de mecanismos de incentivo que não envolvem a edição de um ato normativo do tipo “comando e controle”. São exemplos os incentivos econômicos, a autorregulação, a correção e as campanhas de informação e educação³²⁷.

É possível dizer que a proporcionalidade se vale de algum tipo de raciocínio semelhante. A segunda etapa do exame estabelece que a medida estatal somente será considerada *necessária* caso não exista alternativa que, promovendo do mesmo modo o objetivo buscado, cause menor restrição ao direito atingido. Ultrapassada a etapa da necessidade, se custos serão inevitáveis, a proporcionalidade em sentido estrito preconiza que, quanto maior for o grau de não realização ou restrição de um direito ou princípio, maior deve ser a importância da realização do outro (trata-se da chamada “lei do sopesamento”, que é operacionalizada por meio da fórmula do peso, como visto no Capítulo 2).

A lógica é parecida em um olhar mais amplo, ainda que, vistas de perto, algumas

³²⁵ ESTADOS UNIDOS. **Regulatory Impact Analysis: A Primer**, pp. 02/03. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

³²⁶ ESTADOS UNIDOS. **Regulatory Impact Analysis: A Primer**, pp. 06/07. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

³²⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR**. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

distinções fundamentais devam ser consideradas.

Como visto no Capítulo 1, na descrição que fazem das razões da ampla difusão da proporcionalidade, Cohen-Eliya e Porat defendem que o movimento global em direção ao referido exame seria um movimento global em direção à *justificação*³²⁸. A “cultura da justificação” seria diferente de uma “cultura da autoridade”, porque nela a autorização para agir é apenas condição necessária, mas não suficiente à legitimidade e à legalidade de seus atos. Já Alexy afirma expressamente uma relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio dos direitos fundamentais e a proporcionalidade, ao explicar as razões da ubiquidade da ponderação no direito: se a constituição garante direitos constitucionais, então muitas, ou mesmo todas as decisões legais restringindo a liberdade de indivíduos têm de ser entendidas como interferências em direitos constitucionais; interferências em direitos constitucionais, porém, só são admissíveis se são justificadas, e são justificadas apenas se são proporcionais³²⁹.

Em relação à AIR, a descrição que Sunstein faz da adoção da ACB, seu método por excelência, dá conta de uma motivação semelhante. Nos últimos cinquenta anos, diz o referido autor que os EUA experimentaram uma revolução que voltou a atenção de funcionários públicos às consequências humanas de suas ações e deu nova autoridade a *experts*, acima de tudo, em ciência, estatística e economia. Como resultado dessa revolução, muitos funcionários públicos trabalhariam, naquele país, sob um princípio simples, que operaria como uma pequena emenda constitucional: nenhuma ação deve ser tomada a menos que os benefícios justifiquem os custos³³⁰.

A recém aprovada Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei Federal n.º 13.848/2019) trata da análise de impacto regulatório, em dispositivo que deixa evidente a preocupação com a justificação da edição de normas por aquelas entidades, considerando os potenciais atores que podem ser por ela afetados: diz o artigo 6º da Lei que a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados devem ser precedidas, nos termos de regulamento, da realização de AIR, a conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo que se pretende editar. A lógica é semelhante à contida na “Lei da Liberdade Econômica”, que torna a realização da análise de impacto regulatório obrigatória para órgãos e entidades da administração pública federal, quando pretendam editar ou alterar atos normativos de interesse geral de agentes

³²⁸ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. The American Journal of Comparative Law, vol. 59, no. 2, 2011, p. 474.

³²⁹ ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003, p. 436.

³³⁰ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 03.

econômicos ou de usuários dos serviços prestados, de modo que seja possível a verificação da “razoabilidade do seu impacto econômico” (artigo 5º, *caput* e parágrafo único da Lei)³³¹.

A diferença relevante entre os dois instrumentos, neste ponto de comparação, reside naquilo que se considera *suficiente para justificar uma decisão*. A AIR, por exemplo, que se vale comumente do conceito de “benefícios líquidos”, pode aceitar *e preferir* uma medida que traga mais custos a determinado bem, mas que leve a maiores benefícios líquidos, a uma alternativa que impacte menos aquele bem. Referida ferramenta também pode levar à conclusão, valendo-se do conceito de “benefícios líquidos”, de que determinadas normas cuja edição se pretende não se justificariam, ainda que destinadas à proteção de direitos individuais, por conta dos custos monetários altos que imporiam.

Mesmo em uma AIR, porém, haveria espaço para que considerações outras sejam feitas. Valendo-se de um exemplo do que qualifica como “casos difíceis”, em que os beneficiários da regulação pagam apenas uma parte de seus custos, Sunstein apresenta uma situação em que os benefícios e custos monetizáveis por meio do método do “valor estatístico da vida” (VSL), típico em uma ACB, não expressam a solução adequada mesmo em termos de “bem-estar” (critério que se usa em análises custo-benefício para julgar as medidas propostas, e para o qual se costuma olhar por meio da lente dos “benefícios líquidos” – estes seriam adequados, em grande parte das situações, para traduzir o “bem-estar” gerado ou não pelas medidas).

No exemplo, trabalhadores pagam \$30 milhões por segurança no trabalho e consumidores pagam \$90 milhões em decorrência disso, sendo que os benefícios monetizados dessa proteção, usufruídos pelos trabalhadores, são de \$70 milhões. Nesse caso, os custos (\$120 milhões) são maiores do que os benefícios (\$70 milhões), mas é possível que a regulação seja justificada em bases de bem-estar, ainda que a ACB baseada em VSL sugira que não. E isso porque *os vencedores podem ganhar mais do que os perdedores perdem* – os benefícios podem justificar os custos³³². Na linguagem da proporcionalidade, o grau de não realização ou restrição de um dos direitos se justifica, em razão da importância da realização do outro.

De todo modo, não se pretende, neste trabalho, entrar na discussão a respeito das diversas teorias normativas que estão por trás de AIR e proporcionalidade. Sejam elas quais forem, os dois instrumentos parecem se importar com a necessidade de que uma ação estatal que importe em restrições a bens e direitos seja justificada, e não seja mais gravosa do que o

³³¹ Como se disse no Capítulo 1, ao qual se remete, a redação dos dispositivos em cada uma das referidas Leis é aparentemente semelhante, mas revela duas importantes diferenças quanto a destinatários e objetivos que se pretende promover

³³² SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 41.

necessário.

No outro lado da moeda, estão críticas segundo as quais as duas ferramentas permitem que se considerem legítimas medidas que interferem em importantes direitos – se, por um lado, AIR e proporcionalidade exigem que restrições impostas a pessoas ou a direitos sejam justificadas, é, por outro lado, justamente a abertura desta porta que permite que sejam consideradas legítimas a não adoção de medidas que protegeriam pessoas de riscos ou a adoção de medidas que enfraquecem direitos. E é a tentativa de se colocar bens e direitos em uma escala comum que, em boa medida, dá concretude a estas questões, o que nos leva ao próximo tópico.

4.4.3 Problemas de comparabilidade

Após terem sido apresentadas as alternativas disponíveis para lidar com o problema detalhado, a AIR requer a identificação das consequências dessas alternativas: benefícios e custos que podem ser monetizados; que podem ser quantificados, mas não monetizados; que não podem ser quantificados. Costuma-se prever que também os custos e benefícios acessórios ou indiretos devem ser identificados e, quando possível, quantificados e monetizados³³³. O que se quer com esses levantamentos é saber, à luz do objetivo visado, se os benefícios que se esperam com a edição da norma se justificam, considerando os custos que ela pode gerar.

Do seu modo, a proporcionalidade exige trabalho do tipo: fixado o objetivo que se pretende promover, é o levantamento das consequências da medida proposta e de suas alternativas que, junto a outras considerações, permitirá a operacionalização do exame. A medida promove os fins que se quer alcançar? Se promove, existe alguma alternativa que o faça na mesma intensidade, mas com menor restrição ao direito atingido? Quão confiáveis são as premissas empíricas que suportam a crença do legislador/administrador/regulador na produção dos efeitos esperados da medida? Qual é o grau de restrição e de promoção aos princípios em colisão?

No caso da AIR, como visto no Capítulo 1, a orientação costuma ser a de que benefícios e custos sejam apresentados, sempre que possível, em unidades monetárias. Se isso for possível, *mais fácil é a comparação*. O “valor estatístico da vida” (VSL, na sigla em inglês) é um dos principais métodos utilizados nesse empreendimento, e tem por objetivo a monetização dos

³³³ ESTADOS UNIDOS. **Regulatory Impact Analysis: A Primer**, p. 07. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018. A cartilha usa os termos “ancillary benefits” e “countervailing risks”, que se optou por traduzir para benefícios ou riscos “acessórios” ou “indiretos”.

benefícios de regulações que “salvam vidas”. Para se chegar a esse valor, pergunta-se quanto pessoas estão dispostas a pagar para eliminar um risco – é a disposição para pagar (WTP) que, em geral, fornecerá os *inputs* para se chegar ao VSL. Como visto no Capítulo 1, há, basicamente, duas maneiras disponíveis para atribuição de valores monetários aos riscos estatísticos a partir do conceito de WTP: a primeira envolve os mercados do mundo real, para os quais se olha de sorte a conhecer quanto pessoas recebem para enfrentar riscos de morte; a segunda corresponde a pesquisas em que se pergunta a pessoas quanto elas estão dispostas a pagar para redução de riscos estatísticos³³⁴.

Uma das objeções que são levantadas contra esses métodos diz, basicamente, que as pessoas têm o direito de não serem submetidas a riscos de certa magnitude, e o uso da WTP violaria esse direito. Referido questionamento lembra algumas das objeções apresentadas à proporcionalidade.

Para Matthias Kumm, a argumentação sobre direitos tem estrutura mais complexa do que a proporcionalidade sugeriria, sendo necessário considerar também a ideia de “razões excluídas” e a da proibição de certas relações meio-fim. Segundo referido autor, direitos humanos e constitucionais, tais como entendidos nas constituições pós 2ª Guerra Mundial, seriam principalmente uma tentativa de institucionalizar legalmente prerrogativas morais básicas fundadas ultimamente na tradição iluminista do liberalismo político e seu compromisso com a dignidade humana e a autonomia. O problema, diz Kumm, é que a “análise custo-benefício ao longo das linhas sugeridas pelo sopesamento” seria incapaz de levar em conta as fortes proibições de se usar pessoas como meio de alcançar algum objetivo desejável³³⁵.

Não é preciso concordar com o argumento de Kumm para reconhecer que a conclusão a que chega é crítica das mais comuns que se faz à proporcionalidade: trata-se da alegação de que o modelo de princípios de Alexy retira a força necessária de direitos fundamentais para que eles possam fazer frente a argumentos de finalidade coletiva³³⁶.

Aqui, o ponto comum entre AIR e proporcionalidade consiste na objeção que se faz, para uma e para outra ferramenta, no sentido de que elas podem tomar como legítimas situações não aceitáveis de restrições a direitos individuais.

Em boa medida, essa alegada possibilidade é instrumentalizada pela operação, que

³³⁴ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, pp. 42/43. Como visto no Capítulo 2, críticas são feitas a ambas as metodologias.

³³⁵ KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement, p. 145. *In: Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy* 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007.

³³⁶ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 178.

ambas assumem como possível, de se expressar em uma *escala comum* os bens que estão em jogo, seja para exprimir os potenciais custos e benefícios que incidirão sobre eles caso adotada a medida (AIR), seja para exprimir os graus de restrição/importância dos direitos em relação de tensão (proporcionalidade).

Há diferenças, é verdade, no modo como esse argumento, semelhante em substância, funciona em cada uma das ferramentas. No caso da proporcionalidade, a questão levantada, no geral, é que ela pode levar à conclusão de que são legítimas normas que restringem direitos: como dito mais acima, o modelo retiraria a força necessária de direitos fundamentais para que eles possam fazer frente a argumentos de finalidade coletiva.

Já na AIR, o VSL é criticado mais porque pode acabar por *impedir a edição* de normas que teriam por finalidade *proteger direitos individuais*. Isso ocorre porque, ao se colocar um valor monetário nos benefícios de determinada norma que visa à proteção da saúde/vida de pessoas, se passa a permitir a conclusão de que os custos que ela imporá não justificam sua edição – o método pode levar, na busca de monetizar custos e benefícios de sorte que seja possível a sua comparação, à não edição de normas que promoveriam/protegeriam direitos, porque seus custos podem superar os benefícios que elas trariam, medidos estes últimos pelo preço que as pessoas estariam dispostas a pagar pela proteção (as respostas e reflexões que Cass Sunstein apresenta a essas críticas foram vistas em 3.2.2 e abordadas no item anterior).

Nem sempre, contudo, será possível quantificar custos e benefícios em uma AIR. Nesses casos, também estará presente a questão da comparação de efeitos que medidas propostas podem provocar em bens distintos.

Como mencionado mais acima, de acordo com a cartilha do OIRA, estimativas quantitativas sólidas de custos e benefícios são preferíveis à sua descrição qualitativa, porque subsidiam o tomador de decisão a entender as magnitudes dos efeitos das alternativas e a comparar diferentes tipos de consequências. Apesar disso, como se reconhece naquele documento, benefícios e custos relacionados a bens como proteção da dignidade humana, equidade ou privacidade podem ser difíceis de quantificar ou monetizar³³⁷.

As agências deveriam, em situações tais, realizar uma cuidadosa avaliação dos benefícios e custos não quantificáveis e não monetizáveis e ranquear aqueles que lhes parecem mais importantes – para sua avaliação, como se viu no Capítulo 1, pode ser utilizada a análise de custo-efetividade, que permite que se avalie a razão entre a efetividade da opção regulatória

³³⁷ ESTADOS UNIDOS. **Regulatory Impact Analysis: A Primer**, pp. 12/14. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

para atingir o resultado desejado (por exemplo, o número de vidas salvas) e os custos da opção (estes medidos em valores monetários), ou a “breakeven analysis”, que pretende responder à pergunta “o quão grande teria de ser o valor dos benefícios não quantificados para que a norma produza benefícios líquidos positivos?” (se, por exemplo, uma regulação que pretende promover a proteção da qualidade da água custa cento e cinco milhões de dólares por ano, os seus benefícios excederão os seus custos se e somente se os efeitos da redução da poluição da água puderem ser razoavelmente valorados em cento e cinco milhões de dólares por ano ou mais)³³⁸.

O contraste entre a idealização presente em guias e manuais e a dificuldade real na quantificação de custos e benefícios é apresentado por Hertin et al, como se viu em 3.2.3, com o recurso àquilo que os autores chamam de “ilusão de fechamento analítico”, que se refere à suposição de que uma AIR “fecha” o processo de decisão ao fornecer uma imagem confiável da avaliação dos efeitos positivos e negativos da política em jogo. O problema, segundo mencionados autores, é que, na prática, e especialmente em casos mais complexos, AIRs tenderam a mostrar que é ampla a gama de consequências – algumas desejadas, algumas indesejadas, outras incertas – que não podem ser facilmente pesadas umas contra as outras, *até por conta de problemas fundamentais de incomensurabilidade*³³⁹.

O problema que se levanta, em termos mais diretos, é a dificuldade de, em uma AIR, se comparar custos e benefícios que incidem sobre bens tão distintos como saúde, privacidade e equidade. Alguma *escala comum* é necessária – se não é transformar as repercussões potenciais da norma a ser editada e de suas alternativas em equivalentes monetários, alguma outra precisa ser buscada.

A dificuldade em se avaliar a repercussão de medidas estatais sobre certos bens, como os exemplificados acima, também é um problema que incide no exame de proporcionalidade. Como estabelecer, no caso concreto, se determinada medida promove a equidade, se uma alternativa o faz na mesma intensidade, mas com menor restrição ao direito atingido pela medida (como a livre iniciativa), ou quais são os graus de restrição/importância dos princípios em colisão?

Críticas das mais duras à proporcionalidade se dão no sentido de que avaliações sobre graus de restrição e de importância da satisfação dos princípios em colisão não seriam possíveis,

³³⁸ **Id.**

³³⁹ HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009, p. 419. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 08 ago. 2019.

porque os impactos nesses princípios seriam *incomensuráveis entre si*. Se usarmos o exemplo apresentado em 2.3.4, comparar coisas como a descrição “nascido para matar” (atribuída por uma revista alemã a um soldado oficial da reserva paraplégico que cumpriu com sucesso suas responsabilidades ao ser chamado ao serviço militar) e a ordem judicial para o pagamento de indenização (fundamentada nos danos causados pela publicação) seria como comparar maçãs e laranjas: as presunções subjacentes aos julgamentos sobre os graus de restrição aos direitos em tensão como leves, médios ou graves são apoiadas por razões sobre o que significam a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, e essa comparação não seria possível, porque mesmo o refinamento da teoria que suporta a aplicação da proporcionalidade não permitiria tratar-se de modo racional a comparação de bens que seriam incomensuráveis entre si (respostas a essa crítica foram apresentadas em 2.3.4).

Problemas de comensurabilidade, como se vê, atingem tanto proporcionalidade, como AIR, cada qual de seu modo.

Uma observação de Chang e Dai, mencionada em 2.3.4, ilustra o ponto: pode ser tida como incoerente a crítica comum de que muitos valores, princípios ou direitos não poderiam ser submetidos ao sopesamento típico da ACB porque não seriam quantificáveis *ou porque seriam incomensuráveis entre si*, se o exame de proporcionalidade é escolhido para lidar com direitos desse tipo – use-se uma ou outra ferramenta, problema semelhante incidirá, porque comparar custos e benefícios é simplesmente inevitável na ACB, assim como comparar promoção e restrição a direitos pode ser na proporcionalidade³⁴⁰.

Ainda assim, sem perder o mérito do ponto levantado, seria possível problematizar o argumento apresentado pelos autores. Primeiro, não parece fazer sentido reduzir a ponderação a uma espécie de análise custo-benefício – a proporcionalidade é exame com décadas de elaboração doutrinária e jurisprudencial e constitui um *topos* específico da argumentação jurídica³⁴¹. Segundo, uma coisa é a constatação de que problemas de comparação podem incidir em ambas as ferramentas, e outra é a potencial aptidão que cada uma tem para lidar com eles. Em casos nos quais a AIR depender da avaliação da repercussão de medidas em bens de difícil quantificação e monetização, e em que estes bens se apresentem em relação de tensão, a proporcionalidade pode ser usada, por exemplo, por dentro da AIR. De todo modo, o ponto que

³⁴⁰ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 09. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

³⁴¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

se quis destacar aqui é que os dois instrumentos podem ter de lidar com críticas de incomensurabilidade.

4.4.4 Juízos prospectivos e retrospectivos, algumas diferenças e espaços de complementação

Viu-se, em 4.4.1, que o risco de uso estratégico da AIR e da proporcionalidade envolve, entre outras fontes, os juízos prospectivos que podem ser exigidos no trabalho com as ferramentas. Os pontos que se quer explorar neste momento são outros. AIR e proporcionalidade podem enfrentar algumas questões semelhantes, decorrentes de etapas que precisam ser percorridas. Por outro lado, ainda que eles sejam compatíveis um com o outro, não se tratam de instrumentos idênticos; algumas diferenças importantes podem ser apontadas.

A semelhança mais forte entre os instrumentos, como já dito, é explicada pelo fato de que ambas podem ser vistas como metodologias de decisão orientadas para o futuro. Para a AIR, não há maiores dificuldades em visualizar o porquê: como visto no Capítulo 2, parte central da ferramenta está no levantamento dos efeitos de diferentes alternativas listadas para lidar com o problema identificado.

Em relação à proporcionalidade, as razões estão expostas em 4.1. e em 4.3. Lembrando brevemente os principais pontos, se levado a sério seu principal referencial teórico, o exame também pode ser visto como rigoroso, informado empiricamente e em que juízos prospectivos estão em jogo, como se pretende a AIR. A etapa da adequação exige que se investiguem relações de causalidade entre a medida e o objetivo que pretende promover. A da necessidade exige, firmada a premissa de que a medida em análise é adequada aos fins a que se propõe, que o tomador de decisão considere a eventual existência de medidas alternativas ao ato estatal que tenham aptidão para promover o estado de coisas por ele visado com a mesma intensidade, mas que restrinjam em menor intensidade o direito por ele afetado. Na etapa da proporcionalidade em sentido estrito, é preciso manejar a confiabilidade das premissas empíricas que suportam a promoção e a restrição dos direitos envolvidos³⁴².

Aliás, o recurso a conhecimentos extrajurídicos, tomados em juízos prospectivos, que pode ser necessário para se percorrerem as etapas do exame de proporcionalidade é fonte de uma das preocupações mais fortes que recaem sobre a ferramenta, como se viu em 3.1.2. O argumento é o de que a teoria dos princípios poderia ser “excessivamente exigente em relação

³⁴² ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption**. A Structural Comparison. Ratio Juris. v.16. 2003, pp. 446/448.

às capacidades epistêmicas dos aplicadores desses métodos”³⁴³, porque a realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades jurídicas exigiria uma série de informações de difícil obtenção e processamento³⁴⁴. Se, na utilização da fórmula do peso, a dificuldade de trabalhar com as variáveis “grau de restrição entre os princípios” e “relação de peso abstrato entre os princípios” já parece evidente, o manejo adequado da “confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a realização de um princípio e a não realização do outro” tenderia a aumentar perigosamente os níveis de incerteza de processos decisórios reais³⁴⁵. A solução de uma questão jurídica passa, com esta terceira variável, a “exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência”³⁴⁶.

Assim é que investigações sérias sobre relações de causalidade podem ter de ser tomadas no uso da proporcionalidade e da AIR. Essas investigações podem levar a cenários de certeza (a análise mostra que a medida levará a determinado resultado), risco (a medida levará a determinado resultado com alguma probabilidade) ou ignorância (sequer é possível atribuir probabilidades ao resultado de uma medida, ou mesmo prever o que dela resultará).

Reconhecendo isso, a já mencionada orientação editada pelo OIRA requer, no uso de uma AIR, a caracterização das *incertezas* em benefícios, custos e benefícios líquidos. Como ali se diz, a análise dos efeitos da regulação requer previsões sobre o futuro, mas o que o futuro reserva, tanto na linha de base, como na alternativa regulatória sob consideração, normalmente não é tido por certo. Diante disso, as incertezas importantes relacionadas à decisão regulatória deveriam ser analisadas e apresentadas como parte da análise regulatória geral, de modo que se exponha tanto uma melhor estimativa sobre o valor esperado dos benefícios, custos e utilidades esperadas da norma, como uma descrição dos intervalos de valores plausíveis. Tudo para informar os tomadores de decisão e o público sobre o grau de incerteza associado à decisão regulatória³⁴⁷. Como se vê, a cartilha parece englobar, sob o rótulo “incerteza”, tanto os cenários em que probabilidades podem ser atribuídas a potenciais resultados (caso nos quais se indica a utilização da metodologia do “valor esperado”), como aqueles em que sequer isso é possível.

O fato de ambas exigirem trabalho com juízos prospectivos, porém, não significa que

³⁴³ LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo.** A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 187.

³⁴⁴ **Ibid.**, p. 197.

³⁴⁵ **Ibid.**, p. 201.

³⁴⁶ **Id.**

³⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. **Regulatory Impact Analysis: A Primer**, pp. 14/15. Disponível em: <http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/USA-Circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

se tratam de ferramentas que lidam de modo idêntico com essa tarefa. Algumas das sugestões feitas para a AIR, listadas logo acima, ilustram isso. A partir de críticas feitas à proporcionalidade por Chang e Dai (exploradas em 3.1.3.), que apontam vantagens comparativas da ACB em relação a ela, é possível vislumbrar algumas importantes diferenças entre ambas, ainda que se deva questionar se as distinções se revelam como *desvantagens* da última.

Se um dos riscos apontados em relação à proporcionalidade refere-se ao aumento da incerteza que pode ser gerado, os autores chineses criticam o exame com base em *limitações* que a sua estrutura imporia ao trabalho com os conhecimentos extrajurídicos que pode ser exigido. Um dos problemas apontados diz respeito à fórmula do peso, que não iria longe o suficiente, mas se resumiria à comparação de dois valores ordinais sopesados: a fórmula não seria tão flexível quanto uma “regra de tomada de decisão cardinal”, como a ACB, que permitiria a comparação entre meios, com a estimativa dos benefícios líquidos de diferentes medidas³⁴⁸; por ser ordinal, ela “amarraria” a análise à restrição/promoção de um direito em relação ao outro.

Além disso, mesmo admitindo que em controle judicial de constitucionalidade podem se fazer presentes razões que não estão baseadas em bem-estar que embasam o seu uso, ao invés da ACB³⁴⁹, os autores defendem que a proporcionalidade pode criar um efeito *ex ante* indesejável nos processos decisórios legislativos e administrativos: na tentativa de anteciparem problemas de constitucionalidade, legisladores e administradores atrairiam, ao usá-la, limitações que seriam próprias da proporcionalidade, porque a ferramenta apenas permitiria considerar um subconjunto de todos os benefícios (realização categórica dos objetivos pretendidos pela medida estatal) e custos relevantes (restrições diretas a direitos)³⁵⁰. Medidas que levam à maximização do bem-estar geral poderiam falhar no exame, constrangidas pela sua estrutura analítica sequencial, que induziria seu usuário a focar na restrição dos direitos de certas pessoas, sem que sejam considerados todos os custos e benefícios sociais.

No desenvolvimento desse argumento, os autores mencionam o exame de

³⁴⁸ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, p. 33. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

³⁴⁹ Os autores argumentam que, ao contrário do que é por vezes percebido por teóricos do direito constitucional, a proporcionalidade seria, em essência, primariamente uma restrição a cortes constitucionais, ao invés do seu empoderamento, porque a ferramenta seria uma espécie de “ACB subinclusiva”; ela seria mais fraca frente à ACB. É por isso que, de uma perspectiva de direito comparado, costumar-se-ia dizer que, quanto menos expertise uma corte de certa jurisdição tem, mais sentido faz que use proporcionalidade, ao invés de ACB – esta seria mais do tipo *standard* do que aquela, e por isso requereria a consideração de uma ampla gama de custos e benefícios. **Ibid.**, p. 16.

³⁵⁰ **Ibid.**, pp. 10/12.

proporcionalidade tal como o aplica Aharon Barak, para quem uma medida alternativa menos efetiva, porém menos limitadora de direitos, apesar de não tornar desnecessária a medida de referência, poderia ser considerada na proporcionalidade em sentido estrito. Se o que, em última análise, determina o resultado do exame de proporcionalidade é a comparação de benefícios sociais líquidos entre múltiplas alternativas, dizem Chang e Dai, tanto o teste de adequação, quanto o de necessidade, seriam supérfluos. E mesmo a formulação do exame de proporcionalidade de Barak falharia em funcionar como uma ACB completa, porque considera alternativas “menos efetivas, mas menos limitadoras”, e não “mais efetivas, porém mais limitadoras” (talvez não falhe em seu exame, por exemplo, uma medida estatal com 70% de efetividade e que restrinja um direito num nível de 30%, mesmo diante de uma alternativa que alcance o propósito da norma em 99% e limite o direito em 31%)³⁵¹.

É por conta das limitações que defendem existir que, para mencionados autores, a proporcionalidade seria uma espécie de ACB *subinclusiva*³⁵². E é por isso que defendem a utilização da ACB em seu lugar, mesmo, em regra, pelo próprio Poder Judiciário, até porque a proporcionalidade já sopesaria custos e benefícios: o teste de necessidade requer a comparação entre custos (na linguagem da proporcionalidade, “restrição a direitos”), e, segundo a proporcionalidade em sentido estrito, a medida administrativa ou legislativa não passa no exame se os custos incorridos forem maiores do que os benefícios criados – esta análise de custos e de benefícios, porém, se daria de modo limitado na proporcionalidade³⁵³.

Apesar das críticas apresentadas, que chamam atenção para distinções entre AIR e proporcionalidade, algumas considerações podem mostrar tanto que são apresentadas relações no mínimo questionáveis entre as ferramentas, como que as diferenças vistas não necessariamente deveriam ser tomadas como desvantagens do último exame – ver as coisas nesses termos é partir da premissa de que os instrumentos são (ou deveriam ser) exatamente a mesma coisa e se prestam (ou deveriam se prestar) exatamente aos mesmos fins, inclusive específicos.

Como dito anteriormente, porém, não parece fazer sentido reduzir a ponderação a uma espécie de análise custo-benefício: a proporcionalidade é exame com décadas de elaboração

³⁵¹ **Ibid.**, pp. 12/14.

³⁵² **Ibid.**, p. 16. Além disso, vale dizer, Chang e Dai também criticam o uso da proporcionalidade em sede de controle judicial porque colocar as coisas em termos de “direitos sendo restringidos” e “interesses estatais a serem alcançados” induziria revisores à aversão à perda, enviesando-os a colocar mais peso em direitos do que em interesses estatais. Com isso, dizem, deixar-se-ia de atribuir peso extra a direitos representados pela medida estatal. Os autores também argumentam que o viés de disponibilidade pode incidir aqui, fazendo com que um evento de baixa probabilidade (a declaração de inconstitucionalidade por uma corte) se torne bastante saliente para tomadores de decisão. **Ibid.**, pp. 24/25.

³⁵³ **Ibid.**, p. 08.

doutrinária e jurisprudencial e constitui um *topos* específico da argumentação jurídica³⁵⁴. Não se pretende entrar em discussões sobre as teorias normativas que estão por trás de proporcionalidade e AIR, mas é preciso dizer apenas que, da forma como estruturadas as críticas vistas acima, a proporcionalidade acaba por ser tida como ferramenta a serviço de uma teoria normativa que prescreve o bem-estar como objetivo a ser buscado e, assim considerada, poderia apresentar, do modo como é estruturada hoje, desvantagens em relação à ACB.

Um ataque à proporcionalidade nos termos em que fazem os autores chineses acaba por ser uma crítica a alguns fundamentos e premissas do exame. Boa parte dos motivos que explicam as limitações que os autores defendem existir parece estar relacionada a características importantes da proporcionalidade. Em especial, a duas delas.

Primeiro, a proporcionalidade levar seu usuário a focar em restrições aos direitos atingidos pela medida estatal é característica essencial sua, uma vez que o exame é precipuamente uma ferramenta por meio da qual se analisa se se justificam medidas estatais que restringem direitos fundamentais.

Já o foco que também recai sobre determinados benefícios – a realização dos objetivos pretendidos pela medida estatal – leva ao segundo ponto da resposta possível à crítica da limitação empírica do exame: a estruturação da proporcionalidade (e mesmo a aplicação de suas duas primeiras etapas que muitas jurisdições têm empreendido) também se compatibiliza com a existência de margens de conformação pelo legislador/administrador. Ainda que, na prática, a proporcionalidade possa resultar em controle judicial exagerado de atos estatais, isso se dá mais em razão da falta de rigor com que (não) são seguidas suas etapas, do que por conta de sua estruturação teórica ou de seu uso por jurisdições que a levam mais a sério. Se a crítica dos referidos autores ao exame é eminentemente teórica (os problemas independem da maneira como a proporcionalidade é *usada*, porque o modo com que é *estruturada* já seria suficiente a provocá-los), as respostas a ela que partam de bases da mesma natureza podem constituir contrapontos adequados.

Comentando diferenças na aplicação do exame pela Suprema Corte canadense e pelo Tribunal Constitucional alemão, Dieter Grimm diz que, na resposta à pergunta “qual é o objetivo da medida que limita o direito fundamental?”, o último exige um “propósito legítimo”, entendido como aquele não proibido pela Constituição. Segundo Grimm, o Tribunal Constitucional alemão não apresenta uma explicação para o baixo rigor com que aplica a etapa

³⁵⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

da adequação, mas uma das possíveis inferências que se pode fazer é a de que, numa democracia, o legislador tem o direito de perseguir qualquer propósito, desde que não seja excluído pela constituição; a *importância* do propósito não é uma condição para a ação legislativa – o que é importante o suficiente para se tornar objeto da legislação é uma questão política e deve ser determinado via processo democrático³⁵⁵.

Mesmo a Suprema Corte canadense, que seria mais rigorosa ao exigir um objetivo “de importância suficiente”, na prática quase não invalidaria leis com base na insuficiência do propósito³⁵⁶. Como visto em 2.3.1, a exigência costuma ser baixa na etapa da adequação: para que a medida seja considerada adequada, basta que se conclua que ela é apta a promover/fomentar o objetivo por ela perseguido.

Além disso, os resultados possíveis da fórmula do peso³⁵⁷, na terceira etapa do exame, seriam também uma indicação de deferência à escolha feita por quem editou a norma: em dois deles (“0” ou “menor do que 1”), a medida estatal é considerada proporcional e, portanto, válida, enquanto apenas em um deles ela é considerada inválida (“maior do que 1”). No caso de empate (o peso concreto dos princípios se revelou o mesmo), assim, prevalece a medida estatal.

Assim, o ponto é que, também por, em tese, prestar alguma deferência às escolhas feitas por representantes do povo, não é objetivo do exame de proporcionalidade selecionar *a melhor medida* para se atingir o objetivo pretendido. A limitação que impede uma consideração totalmente aberta de medidas alternativas também parece algo que decorre de características próprias da proporcionalidade.

Aliás, ainda que em uma AIR se permita, de saída, uma consideração mais ampla das medidas potencialmente disponíveis, tanto há alguns problemas que podem fazer com que elas simplesmente não sejam consideradas (como se viu em 4.4.1), como, num segundo momento, o modelo de supervisão regulatória desenhado pode enfraquecer o controle, que a unidade designada para desempenhar essa tarefa fará, da análise empreendida pela agência ou pelo órgão que pretende editar o ato. Quando isso acontecer, o desenho institucional também estará orientado pela preocupação em se garantir, em alguma medida, a existência de margens de

³⁵⁵ GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. University of Toronto Law Journal. v.57. 2007, p. 388.

³⁵⁶ **Id.**

³⁵⁷ A expressão da fórmula é a seguinte, sendo $W_{i,j}$ o peso concreto do princípio P_i , o princípio restringido (ou seja, o peso concreto dele consideradas as circunstâncias do caso):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

conformação por parte da agência ou do órgão responsável pela edição da norma que será antecedida por uma análise de impacto regulatório, em relação ao controle interno por qual essa AIR passará.

Nos Estados Unidos, por exemplo, mudanças nas regras que regulamentam o tema levaram a um enfraquecimento da supervisão regulatória: a Ordem Executiva n.º 12.866, emitida em 1993 pelo Presidente Clinton, promoveu uma alteração relevante em relação ao ato anterior que tratava do tema (n.º 12.291, de Reagan): ao invés de requerer, como fazia a O.E. 12.291, que as agências demonstrassem que os benefícios da norma a ser editada *excedem* os seus custos, passou-se a prever a necessidade de que aqueles *justifiquem* estes. Em um contexto em que a ACB era considerada, por alguns, um mecanismo de freio à regulação – operado por meio da supervisão regulatória –, a mudança sinalizou uma tendência, que veio a se difundir, de levar às considerações tomadas em ACBs e AIRs questões relativas a bens/direitos não facilmente quantificáveis e monetizáveis. E é justamente nesses casos que a discussão sobre os graus de controle sobre as AIR performadas pelas agências se mostra mais relevante – quando custos e benefícios podem ser quantificados e monetizados sem maiores polêmicas, menor também será a polêmica sobre o controle feito e os limites que deveria ele observar.

Por tudo que se disse, ao invés de se buscar igualar as ferramentas, parece fazer mais sentido reconhecer que, de um ponto de vista mais amplo, ambas podem ser vistas como estruturas de justificação que têm por objetivo orientar ou verificar a compatibilidade de atos estatais com o direito vigente. Esse é um dos motivos que justifica explorar comparações entre os instrumentos, e é também sob esta lente, e considerando que algumas operações exigidas por ambos são semelhantes, que se pode enxergar espaços de complementação: a AIR poderia ser usada por dentro da proporcionalidade (e vice-versa), ainda mais se considerar-se que as duas, idealmente, são metodologias que se preocupam com a busca pela melhor solução possível para o caso em análise, consideradas todas as suas circunstâncias.

Essa última constatação – os dois instrumentos se valem de estratégias maximizadoras para solução de casos específicos³⁵⁸ – merece breve explicação adicional, ainda que a exposição da estrutura ideal da proporcionalidade e da AIR feita no Capítulo 2 já possa dar pista das razões. Em um “modelo padrão” de tomada de decisão, a escolha racional a ser tomada pode ser definida como a escolha que maximiza algum valor: o tomador de decisão simplesmente

³⁵⁸ É a expressão utilizada por Fernando Leal para designar o ponto de contato entre duas partes do exame de proporcionalidade: a otimização de princípios relativamente às possibilidades fáticas e a otimização em relação às possibilidades jurídicas. LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas** -- *What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems*. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 417.

classifica resultados de possíveis ações de acordo com alguma escala de valor e escolhe a ação maximizadora (a ação que produz o maior valor)³⁵⁹. A preocupação é apenas com o caso que está em análise, e no investimento dos recursos necessários à melhor solução possível para ele.

Em relação à proporcionalidade, como visto no Capítulo 1, adequação e necessidade, juntas, fazem parte da otimização dos princípios em tensão relativamente às possibilidades fáticas (as circunstâncias do caso concreto). Chamando esta operação pressuposta pela teoria dos princípios de “otimização como composição de primeira ordem”, Leal sustenta que ela corresponde a uma estratégia de decisão de primeira ordem voltada à maximização dos objetivos em tensão em determinado caso específico: o que se busca é a seleção da alternativa decisória cujos efeitos são capazes de realizar, na maior medida possível, os dois princípios em relação de tensão; a solução ótima é a solução do tipo *first best* para o caso concreto, aquela que realiza ambos os princípios na medida do máximo possível³⁶⁰.

Em relação à AIR, o levantamento de sua estrutura prevista em guias e manuais dá conta de uma abordagem holística, em que se requer não só a avaliação de *todos* os custos e benefícios diretos, mas também a avaliação de todos os efeitos colaterais, inclusive com sua quantificação e monetização, quando possível.

Se esse é o ideal que inspira a operacionalização das duas ferramentas, então a tarefa de levar a sério as análises que precisarão ser feitas pode ser auxiliada tanto com o uso, na proporcionalidade, de passos de uma AIR, como, na AIR, de etapas da proporcionalidade.

No primeiro caso, passos da AIR poderão ajudar a responder, em um exame de proporcionalidade: se a medida promove os fins buscados; se há outra que o faça do mesmo modo, mas com menor restrição ao direito fundamental atingido; qual é o grau de confiabilidade das premissas empíricas assumidas pela autoridade que editou a norma. As respostas a todas essas perguntas são fundamentais na proporcionalidade e, em se tratando de situações em que estão em jogo análises prospectivas que exigem conhecimentos extrajurídicos, a AIR talvez de fato tenha algo a oferecer à proporcionalidade.

No segundo caso, quando a operacionalização de uma AIR depender da avaliação da repercussão de medidas disponíveis em bens de difícil quantificação e monetização, e em que estes bens se apresentem em relação de tensão, a proporcionalidade pode ser usada para orientar

³⁵⁹ VERMEULE, Adrian. **Three Strategies of Interpretation**. University of Chicago, Law Occasional Paper n. 44, pp. 01/22, 2005, pp. 03/04. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers>. Acesso em 07 nov. 2019.

³⁶⁰ LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas -- What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems**. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016, p. 414.

as avaliações que, segundo os próprios guias e manuais estabelecem, devem ser feitas. Nesses casos, em que será preciso encarar qualitativa e discursivamente a comparação entre os bens, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito pode auxiliar o operador da AIR.

Por fim, há uma questão, também ligada aos juízos prospectivos com os quais AIR e proporcionalidade lidam, que merece menção. Ultimamente, além da análise de impacto prospectiva (preparatória à edição de atos), tem sido cada vez mais incentivado o uso da análise retrospectiva (ou *ex post*). Essa nova faceta da AIR é parte de um fenômeno maior, que se costuma designar de *regulatory lookback*³⁶¹, e cuja ideia básica reside em exigir que sejam realizadas revisões do estoque regulatório disponível³⁶².

A relação da AIR *ex post* com a AIR prospectiva, que se pretende destacar neste momento, está ligada à necessidade de se avaliar se os efeitos esperados da norma – quando foram antecipados em uma análise prévia de impacto – foram produzidos ou não. Ainda que esta não seja a única motivação que está por trás da exigência de revisão do estoque regulatório, ela pode ser considerada uma razão importante sua.

Como destacam Jordão e Mendonça, na União Europeia, o *Regulatory Fitness and Performance Programme*, de 2012, complementa, com a institucionalização da avaliação retrospectiva, as iniciativas *Better Regulation*, de 2003, e *Smart Regulation*, de 2010. Essas avaliações são realizadas por um órgão específico, criado para tanto, e também foi implementada uma plataforma online, por meio da qual interessados podem apontar, por exemplo, regulações que não atingem seus objetivos, ou que geram mais custos do que benefícios³⁶³.

A análise retrospectiva pode apontar que os efeitos esperados da norma, previstos em uma AIR prospectiva, não se concretizaram. A revisão regulatória funciona, aqui, como uma abertura para que se possa remediar um problema que incidiu na dimensão descritiva do raciocínio consequencialista de que se vale uma AIR, ao serem realizadas as prognoses de como o mundo se conformaria, caso adotado determinado curso de ação.

A mudança de foco se justifica, como dizem Jordão e Mendonça, porque, em uma AIR prospectiva, o regulador é levado a certo exercício especulativo. E, ainda que esse exercício seja realizado com rigor, os resultados das estimativas, “num mundo complexo e dinâmico

³⁶¹ JORDÃO, Eduardo Ferreira. MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A lei de liberdade econômica e a “regulação experimentalista”. *Revista Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 73, n. 5, p. 30-31, mai. 2019, p. 30. ISSN 0010-5945. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/view/80516>>. Acesso em: 15 dez. 2019

³⁶² *Id.*

³⁶³ *Id.*

como é o nosso, nunca serão inteiramente precisos”³⁶⁴. Os autores apresentam exemplos que ilustram essas dificuldades estruturais: a previsão dos impactos de “determinadas regulações no mercado de táxis antes do advento dos aplicativos; no mercado de telecomunicações, antes da telefonia celular; ou no mercado de cerveja antes das opções artesanais”³⁶⁵. “As mudanças tecnológicas ou nos padrões de consumo”, dizem, “são, frequentemente, impossíveis de antever. É por isso, aliás, que são inovações”³⁶⁶.

Além de União Europeia, também nos EUA tem-se dado foco ao tema: o governo Obama, além de ter determinado a preferência pela revisão regulatória, em vez da criação de novas regulações, exigiu um plano de revisão periódica de suas normas, a ser apresentado por órgãos e entidades públicas; e o governo Trump, indo mais longe ainda, exigiu que, “para cada regulação proposta, duas antigas deveriam ser apresentadas para revogação”³⁶⁷, além de ter determinado que “o saldo de custos totais impostos por todas as agências reguladoras, no ano, seja igual a zero”³⁶⁸. Reino Unido e Alemanha também experimentam uma valorização da revisão regulatória³⁶⁹.

No Brasil, algumas agências reguladoras já adotavam, por conta própria, iniciativas do tipo. Exemplo disso é a chamada “guilhotina regulatória” da ANVISA, de escopo mais limitado, porém, porque dirigida à revogação de normas obsoletas, entendidas como aquelas que não produzem mais qualquer efeito prático, apesar de ainda vigentes³⁷⁰.

Recentemente, foi editado o Decreto Federal n.º 10.139, de 28 de novembro de 2019, que “dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto”³⁷¹. Referido Decreto contém dever que “soa profundamente suprarrogatório, que é o de realizar amplíssimo *lookback* normativo, em todas as entidades da administração direta e indireta

³⁶⁴ **Ibid.**, p. 31.

³⁶⁵ **Id.**

³⁶⁶ **Id.**

³⁶⁷ **Id.**

³⁶⁸ **Id.** As Ordens Executivas que contêm todas essas previsões mencionadas são: a) no Governo Obama, a de número 13.563/2011, que, em sua Seção 6, trata sobre as análises retrospectivas de regras existentes, e a de número 13.610/2012, que, visando à identificação e redução de ônus regulatórios, estabelece procedimentos para que agências conduzam análises retrospectivas de regulações existentes; b) no Governo Trump, a de número 13.771/2017.

³⁶⁹ **Id.**

³⁷⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANTIÁRIA. **Notícias: Guilhotina Regulatória**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias?p_p_id=101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&p_r_p_564233524_tag=guilhotina+regulat%C3%B3ria>. Acesso em 13 dez 2019.

³⁷¹ BRASIL. Decreto n.º 10.139, de 28 de novembro de 2019. **Dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10139.htm>. Acesso em 13 dez. 2019.

federal, em ano e meio”³⁷². Também por aqui, portanto, com todas as críticas que se podem fazer quanto ao método previsto para sua implementação³⁷³, uma espécie de *regulatory lookback* ganhou corpo.

Dito isso, o que se pretende destacar neste momento é o seguinte: em boa medida, é por conta de problemas com as prognoses, que afetam a realização de AIRs prospectivas, que se adota uma postura experimentalista na qual se admite e se encoraja olhar para trás e “voltar atrás”.

Como essa questão poderia aparecer para a proporcionalidade? Primeiro, só faz sentido explorar essa relação nos casos em que a operacionalização da proporcionalidade envolver o trabalho com juízos prospectivos, nos quais se poderá ter de enfrentar situações em que a avaliação feita no momento da decisão, e que definiu seus rumos, não é a mesma que se tem tempos depois. Também é preciso excluir os casos em que, valendo-se do exame, um tribunal que decida *de modo principal* a questão constitucional entenda que a norma em revisão é inconstitucional, uma vez que ela será, diante disso, retirada do ordenamento jurídico. Em outros casos – o controle é incidental, seja qual for o sentido da decisão, ou o controle é principal e se entende que a norma é constitucional – é possível que, passado algum tempo, o mundo não tenha se conformado como, em premissa decisória, previu o decisor que ele se conformaria.

Quando isso ocorrer, pode-se cogitar, tal como se faz hoje com normas antecedidas de AIR, se é possível olhar para trás, e se essa deveria ser uma postura incentivada.

Um argumento contrário a essa possibilidade diria que decisões tomadas pelo Poder Judiciário não deveriam, se uma das funções mais importantes por ele desempenhada é a estabilização de expectativas, fundar-se em experimentalismo. Esse argumento também serviria aos atos emanados por agências reguladoras, que têm potencial para influenciar de modo significativo pessoas, empresas e o próprio governo.

A possibilidade de olhar para trás, porém, não parece partir do reconhecimento prévio, numa decisão de segunda ordem, de que as decisões tomadas podem não ser as melhores e que por isso deveria-se sempre deixar a porta aberta para que se possa revisitá-las. Na verdade,

³⁷² MENDONÇA, José Vicente Santos de. É o revisaço regulatório – só que (ainda) não. **JOTA**, 29 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/e-o-revisaco-regulatorio-so-que-ainda-nao-29112019>>. Acesso em 13 dez. 2019.

³⁷³ Mendonça, por exemplo, afirma que “as agências reguladoras federais sequer conseguem cumprir plenamente o dever de realizar Análises de Impacto prospectivas, coisa que muitas já vêm fazendo há anos. Se ainda não fazem a contento AIR prospectiva, terão que fazer, ao mesmo tempo, algum nível de AIR retrospectiva – esse parece que é o propósito de consolidar apenas normas “que façam sentido” –, sob pena de não regularem. É arriscado, é temerário, é pedir para dar errado. Com tanta racionalidade apressada, vamos terminar irracionais. (...) Quanto ao revisaço, ou a Administração Federal brasileira vai deixar de existir, ou ele vai ser cumprido do jeito que dá. Vai-se revogar aqui e ali, e vai-se consolidar, em bloco, o restante. O revisaço impossível, então, cumprirá sua viagem redonda, tornando-se igual a seu primo mais velho – o revogaço inútil. A ver.” **Id.**

aquela possibilidade parece decorrer do reconhecimento de que, quando se trabalha com juízos prospectivos, as prognoses feitas podem simplesmente não se verificar. Se, no exame de proporcionalidade, fatos empíricos necessariamente sustentam a argumentação normativa³⁷⁴, talvez faça sentido que, neste caso, se encoraje que a decisão seja revisitada.

Essas questões podem ser aplicadas às discussões sobre a postura que deveria o Poder Judiciário adotar no controle de atos de outros poderes e instituições. Quando se estiver diante de casos em que estão em jogo conhecimentos extrajurídicos, manejados em juízos prospectivos, uma postura de autocontenção judicial que também firma compromisso com a defesa de bens e direitos relevantes pode acenar com um tipo de experimentalismo em nome do qual, num primeiro momento, se a decisão que levou ao ato editado e questionado judicialmente cumpre determinados requisitos procedimentais (observou as normas de competência e de procedimento, valeu-se do conhecimento técnico disponível, etc.), este ato deve ser mantido válido, *resguardada a possibilidade de se visitar futuramente a decisão caso as prognoses não se confirmem*.

Essa operação não é exatamente uma novidade no direito brasileiro. A possibilidade de, alterados os fatos, o Poder Judiciário visitar a decisão anterior, por exemplo, está longe de ser algo novo. Em processo civil, as tutelas provisórias são exemplo disso: uma de suas características principais é a *precariedade*, segundo a qual a tutela provisória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão motivada do juiz, nos termos do que dispõem os artigos 296 e 298 do Código de Processo Civil. Para que ela possa ser modificada ou revogada, porém, exige-se que “tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato – afinal, a medida é concedida *rebus sic stantibus* –, ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos pressupostos outrora existente”³⁷⁵.

Fazendo um paralelo, e guardadas as devidas proporções, o que se propõe como possível é que, *não confirmadas as expectativas* sobre os fatos, a decisão possa ser revista. Até porque, se a norma não foi retirada do ordenamento jurídico, é sempre possível submeter a questão constitucional ao Poder Judiciário.

Este é, aliás, mais um motivo para que a AIR seja utilizada por dentro da proporcionalidade: neste caso, uma espécie de AIR *ex post* pode revelar que as razões fundadas em juízos prospectivos pelas quais se entendeu, na decisão anterior, que o ato seria

³⁷⁴ CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019, pp. 43/45. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

³⁷⁵ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil**, v. 2. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 585.

constitucional ou inconstitucional não se sustentaram.

5 CONCLUSÃO

A partir da suspeita de que AIR e proporcionalidade guardam semelhanças importantes em sua operacionalização, ao contrário do que se poderia intuir a partir de suas origens e traços próprios, este trabalho explorou aproximações e distanciamentos entre as ferramentas. Algumas circunstâncias tornam a comparação interessante: além de a proximidade ser um tanto “construtiva”, AIR e proporcionalidade são ferramentas com potencial para conferir racionalidade a decisões que recorrem à análise de consequências práticas e de princípios (em tensão), dois materiais de decisão colocados lado a lado recentemente com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que eleva a consideração das primeiras à condição de item obrigatório na fundamentação de decisões que tenham, como razão determinante, princípios jurídicos.

As comparações – o que aproxima e o que distancia AIR e proporcionalidade – colocam em perspectiva duas ferramentas que podem ser consideradas estruturas de justificação cujo objetivo é orientar ou verificar a compatibilidade de atos estatais com o direito vigente. Se há similaridades estruturais relevantes, em razão do trabalho com juízos prospectivos, e se aquele é o objetivo mediato de ambas, é possível enxergar espaços para que a AIR seja usada por dentro da proporcionalidade (o que poderia contribuir para um uso mais adequado ao seu referencial teórico), e vice-versa. É neste nível secundário que o olhar comparativo parece fazer sentido, mais do que se tentar, em plano mais imediato, igualar as ferramentas. E o “transplante” pode ser desejável também porque os dois instrumentos se valem de estratégias maximizadoras para solução de casos específicos: se esse é o ideal que inspira o manejo das duas ferramentas, então a tarefa de levar a sério as análises que precisarão ser feitas pode ser auxiliada tanto com o uso, na proporcionalidade, de passos de uma AIR, como o contrário.

Por conta dessas razões, a análise comparativa pode ser útil, ainda que AIR e proporcionalidade sejam, tradicionalmente, atribuídas a autoridades e poderes distintos – técnicos e agências reguladoras na edição de regulações ou em sua revisão, no primeiro caso; juízes e Poder Judiciário na revisão de medidas que, a pretexto de promover algum objetivo relevante, limitam direitos fundamentais, no segundo. Até porque mesmo essas relações, apesar de corretas e de constituírem grande parte dos casos, não são necessárias. Elas podem ser minimamente diluídas se consideradas as inovações previstas na LINDB, que podem fazer com que mesmo juízes utilizem passos e metodologias de uma AIR na análise das consequências que suas decisões apoiadas em princípios jurídicos produzirão no mundo.

Juízes também podem ser chamados a rever uma AIR preparatória de certa regulação

cuja legalidade/legitimidade seja posta a sua apreciação (se devem fazê-lo, de que modo e qual a solução mais adequada caso entendam haver algum problema com a análise feita são outras questões). E juízes podem utilizar passos de uma AIR quando explicitamente valerem-se de argumentação consequencialista, seja porque entendem relevante fazê-lo no caso sob consideração, seja em casos nos quais o ordenamento jurídico já pede o recurso a considerações deste tipo. De outro lado, o regulador (e mesmo o legislador), em juízo antecipatório, pode utilizar a proporcionalidade, considerando que o ato que pretende editar pode ser controlado com o auxílio deste exame.

Feita a limpeza de terreno, viu-se que a semelhança mais forte entre AIR e proporcionalidade é explicada pelo fato de que ambas podem ser vistas como metodologias de decisão orientadas para o futuro. Investigações sérias sobre relações de causalidade podem ter de ser tomadas no uso da proporcionalidade e da AIR. Essas investigações podem levar a cenários de certeza (a análise mostra que a medida levará a determinado resultado), risco (a medida levará a determinado resultado com alguma probabilidade) ou ignorância (sequer é possível atribuir probabilidades ao resultado de uma medida, ou mesmo prever o que dela resultará).

É por isso que se disse que, ao menos do ponto de vista metodológico, talvez não seja tão diferente assim o que se pretende com a inclinação pragmática do Direito Público brasileiro, em relação à estratégia de interpretação e aplicação do direito que ela visa a, de algum modo, substituir ou complementar. Algumas repercussões práticas, como se viu, podem ser extraídas disso. Se, por exemplo, o Poder Judiciário pretende controlar, por meio de argumentação apoiada em princípios jurídicos, uma norma regulatória que passou por AIR, uma defesa da medida pode sustentar que o controle que será feito passará (ou deveria passar), se observado o que dispõe o artigo 20 da LINDB, por uma operação semelhante àquela já empreendida para a prática do ato.

De todo modo, no sentido do que se disse acima, as ferramentas não são a mesma coisa, mas, em um nível secundário, podem ser consideradas estruturas de justificação que têm objetivo orientar ou verificar a compatibilidade de atos estatais com o direito vigente. Por conta disso, e considerando que ambas são instrumentos para o manejo de princípios (em tensão) e consequências práticas, explorou-se aproximações e distanciamentos entre ambos.

Para além da principal característica que se acaba de mencionar (ambas são metodologias de decisão orientadas para o futuro), viu-se que as ferramentas se preocupam com a justificação de medidas que interferem em bens e direitos. A diferença relevante entre AIR e proporcionalidade, neste ponto de comparação, reside naquilo que se considera suficiente para

justificar uma decisão. De todo modo, se diversas teorias normativas podem estar por trás de AIR e proporcionalidade, os dois instrumentos parecem se importar, sejam elas quais forem, com a necessidade de que uma ação estatal que importe em restrições a bens e direitos seja justificada, e não seja mais gravosa do que o necessário.

Outro ponto de comparação pôde ser extraído a partir disso: no outro lado da moeda, estão críticas segundo as quais as duas ferramentas permitiriam que se considerem legítimas medidas que interferem em importantes direitos. Aberta a porta para que se possa analisar se a restrição se justifica, o ponto comum entre AIR e proporcionalidade, aqui, consiste na objeção que se faz de que elas podem tomar como legítimas situações não aceitáveis de restrições a direitos individuais.

Em boa medida, essa alegada possibilidade é instrumentalizada pela operação, que ambas assumem como possível, de se expressar em uma escala comum os bens que estão em jogo, seja para exprimir os potenciais custos e benefícios que incidirão sobre eles caso adotada a medida (AIR), seja para exprimir os graus de restrição/importância dos direitos em relação de tensão (proporcionalidade). Quando a AIR lida com bens cujos benefícios e custos resultantes de medidas estatais são de difícil quantificação e monetização, mais próximo o problema estará daquele enfrentado pela proporcionalidade – basta pensar na repercussão de medidas estatais sobre direitos como a liberdade de expressão, privacidade e igualdade.

Outra comparação feita, importante por servir como norte para a calibragem das expectativas carregadas pela AIR, diz respeito ao risco de uso estratégico que incide sobre ambas as ferramentas. Se já parece haver mais clareza, em nossa prática, desse risco para a proporcionalidade, os problemas mapeados pela literatura podem sugerir que uma das declaradas vantagens da AIR – permitir a condução de um processo neutro, no qual, percorridas algumas etapas de modo rigoroso, se chega ao melhor resultado – não necessariamente se verificará.

Em meio a diversos outros problemas mencionados, viu-se que a informação contida em AIRs pode ser filtrada e apresentada de modo a apoiar e justificar a opção preferida, o que envolve a definição do problema, suas alternativas e os tipos de impacto. Ao moldar o caso, aquele que usa a AIR pode montar o problema que terá de resolver de modo seletivo, já encaminhando a solução. O fato de, assim como a proporcionalidade, aquele instrumento se pretender um roteiro de decisão apoiado em raciocínio consequencialista implica a atração de potenciais problemas que incidem em suas dimensões positiva (especialmente a confiabilidade das prognoses) e normativa (qual o critério de valoração das alternativas, qual seu sentido e o que fazer quando há mais de um critério?).

Por outro lado, se riscos de moldura foram verificados na prática e são possíveis teoricamente em razão do tipo de metodologia de decisão que está por trás da AIR, viu-se que é também possível, justamente em razão das considerações que são tomadas no uso do instrumento, enxergar vantagens decorrentes da sequência de passos que deve nela ser observada. Um argumento apresentado diz que a ACB, método incentivado no trabalho com a AIR, poderia evitar um *framing* calibrado pela “língua nativa” das pessoas, quer dizer, por suas intuições e vieses, que as faria colocar questões e pedir ou não por regulações de uma forma não racional³⁷⁶. Adotada essa lógica, o fato de a ACB requerer especificação não significa que falte a ela força, porque ela requer que pessoas façam boas perguntas, e disciplina como elas podem respondê-las³⁷⁷. Como visto, um dos grandes méritos que a proporcionalidade pode ter é justamente este tipo de organização do processo decisório, ao fixar os ônus de argumentação e orientar o caminho que deve ser seguido para se chegar à decisão.

Há, portanto, vantagens e desvantagens que decorrem do fato de AIR e proporcionalidade serem metodologias de decisão, e metodologias orientadas para o futuro. Se é assim, o risco de uso estratégico não é suficiente, por si só, à conclusão de que não vale a pena investir no uso e no aprimoramento da AIR, cada vez mais incentivados em nossa realidade. Esse é um tipo de risco que incide sobre diversas outras metodologias de decisão, e a análise de seus potenciais e de suas consequências deve ser feita com o mesmo rigor para cada uma delas, evitando-se falácias comparativas.

A explicação é parecida com aquela que se apresenta em relação à crítica da irracionalidade da ponderação: assim como existe uma diferença entre o exame de proporcionalidade e uma orientação aberta para que, simplesmente, “se faça a coisa certa”, uma vez que a estruturação do exame, com a fixação de importantes ônus de justificação que influenciam o resultado, o tornam não menos racional do que várias outras abordagens de tomada de decisão que estão muito aquém da precisão matemática e da certeza verificável³⁷⁸, também a estruturação da AIR pode carregar essas expectativas para o trabalho com consequências de alternativas decisórias.

Se é cada vez mais incentivada, no Direito Público brasileiro, a tomada de decisão com base em consequências práticas, a adoção e a estabilização de metodologias que pretendem organizar a sua consideração parecem ter pelo menos algumas coisas boas a oferecer. O nível

³⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018, p. 38.

³⁷⁷ **Ibid.**, p. 06.

³⁷⁸ SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text**. Draft, 2009, p. 04. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1403343> >. Acesso em: 22 mar. 2019.

esperado de racionalidade da metodologia de que se vale uma AIR, em pretensões mais modestas, pode ser suficiente para permitir, pelo menos, a organização do processo decisório, a distribuição dos ônus de argumentação e de prova e o aprendizado institucional de longo prazo.

6 REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, Alexander. **Constitutional Law in the Age of Balancing**. 96 Yale Law Journal, v. 943. 1987.

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison**. Ratio Juris. v.16. 2003.

ALEXY, Robert. **On The Structure of Legal Principles**. Ratio Juris 13. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Proporcionalidade e teoria dos jogos**: esboço de um método comum. Revista da AMDE, [S.l.], v. 4, jul. 2010. ISSN 2175-5590. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/39>>. Acesso em 06 set. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização, p. 15. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 27/05/2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In*: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, pp. 171/211.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros. 2006.

BALLANTINE, Bruce; DEVONALD, Bethan. Modern regulatory impact analysis: The experience of the European Union. **Regulatory Toxicology and Pharmacology**, v. 44, Issue 1, pp. 57/68, fev. 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.yrtph.2005.06.016>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil**, v. 2. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública, PL 6621/2016**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl6621-16-agencias-reguladoras/documentos/audiencias-publicas/PatrciaSampaio.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 23 maio 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm >. Acesso em 23 maio 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 17/04/2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Documentação Produzida para Construção das Diretrizes Gerais e do Guia AIR**. Disponível em:<<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/nota-tecnica-consulta-publica-001-2017.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais. **Guia Orientativo para Elaboração de AIR**. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf/view>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. **How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle**. NYU Law and Economics Research Paper No. 19-10; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-32, Março 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3345798>>. Acesso em: 05 set. 2019.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **Proportionality and the Culture of Justification**. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, no. 2, 2011.

COMISSÃO EUROPEIA. **Better regulation: guidelines and toolbox**. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en>. Acesso em: 21 dez. 2018.

ELLIG, Jerry; MCLAUGHLIN, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations. **Regulation & Governance (Online)**, v. 07, Issue 2, pp. 153/173, jun. 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS. CASA BRANCA. **Regulatory Impact Analysis: Frequently Asked Questions (FAQs)**. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/omb/assets/OMB/circulars/a004/a-4_FAQ.pdf>. Acesso em 14 maio 2018.

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>. Acesso em: 23 maio 2018.

GRIMM, Dieter. **Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence**. *University of Toronto Law Journal*. v.57. 2007.

HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, n. 5-6, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 08 ago. 2019.

HÚGE, Jean; WAAS, Tom. **Converging impact assessment discourses for sustainable development: the case of Flanders, Belgium**. *Environment, Development and Sustainability*. Junho, 2011, Volume 13, Issue 3.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL (IBRAC). Institucionalização e Prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *In: Workshop de Análise de Impacto Regulatório – Visão prática, diretrizes e Guia AIR*. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/novidades/workshop-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-visao-pratica-diretrizes-e-guia-air/workshop-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-visao-pratica-diretrizes-e-guia-air>>. Acesso em: 22 set. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus**

impactos no Direito Administrativo. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em 13 dez 2019.

JACKSON, Vicki C.. **Constitutional Law in an Age of Proportionality.** The Yale Law Journal, 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O artigo 22 da LINDB e as dificuldades jurídicas do gestor público. **DIREITO DO ESTADO**, 8 out. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico>>. Acesso em: 22 abril 2019.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Cobrança por bagagem: o que diz o Direito? **JOTA**, 24 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>. Acesso em: 28 mar. 2019.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias.** Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 21/24.

KELLNER, Alexander Leonard Martins. **Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório.** 2018. 147p. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

KIRKPATRICK, Colin; NORMAN, Lee. **Evidence-based policy-making in Europe: an evaluation of European Commission integrated impact assessments.** *Impact Assessment and Project Appraisal*, 24:1, 23-33, 2006. DOI: 10.3152/147154606781765327. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.3152/147154606781765327>>. Acesso em: 15 maio 2018.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. **Regulatory impact assessment and regulatory governance in developing countries.** *Public Admin. Dev.*, 24, 2004.

KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. *In*: **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy** 131, George Pavlakos, ed., Hart Publishing, 2007.

LEAL, Fernando A. R. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? *In*: Armando Castelar Pinheiro; Antônio J. Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. (Org.). **Direito e Economia: Diálogos.** 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 85-113, 2019.

LEAL, Fernando. A retórica do Supremo: precaução ou proibição? **JOTA**, 13 jun. 2016. Disponível em <<https://www.jota.info/colunas/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>>. Acesso em 30 dez. 2018.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. **JOTA**, 01º out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>>. Acesso em 01º/04/2019.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequentialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 25/30.

LEAL, Fernando. **O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas** -- *What does optimizing colliding principles mean? One question, three answers, three problems*. Espaço Jurídico, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016.

LEAL, Fernando. **Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo**. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

MENDES, Conrado Hubner. Jurisprudência impressionista. **ÉPOCA**, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em 01º abril 2019.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequentialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 31/34.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Em defesa do consequenciachismo. **DIREITO DO ESTADO**, 16 set. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 01º abril 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de Impacto Regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **JUSTIÇA E CIDADANIA**, 30 set. 2010. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. É o revisaço regulatório – só que (ainda) não. **JOTA**, 29 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/e-o-revisaco-regulatorio-so-que-ainda-nao-29112019>>. Acesso em 13 dez. 2019.

OCDE. **Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis (RIA): Guidance for Policy Makers**, Version 1.1 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

OCDE. **Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory**. Note by the Secretariat. 29th Session of the Committee, 15-16 April 2004. International Energy Agency, Paris, p. 02. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258430.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2019.

OCDE. **Regulatory Impact Analysis: a Tool for Policy Coherence**, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, Paris, 2009. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page14>. Acesso em: 02 maio 2019.

OCDE. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices**. *In* OECD Countries, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2019.

OCDE. **Regulatory Policy Outlook**. OECD Publishing, Paris, 2015, p. 108. Disponível em: <<http://www.oecd.org/publications/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>>. Acesso em: 06 out. 2019.

ONDREJEK, Pavel. **Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality**. *European Public Law* 20, no. 3 (2014).

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901>>. Acesso em: 13 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8901>.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Londres: Cambridge, 2003.

RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006, pp. 21-40.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório**: Uma abordagem exploratória. IPEA. Texto para discussão n.º 1463. 2010.

SCHAUER, Frederick. **Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text**. Draft, 2009, p. 03. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1403343> >. Acesso em: 22 mar. 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, mai. 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 13 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

SHAPIRO, Stuart. The evolution of cost-benefit analysis in US regulatory decisionmaking. *In*: LEVI-FAUR, David. **Handbook on the Politics of Regulation**, Edward Elgar Publishing, 2011, cap. 28.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. *Revista dos Tribunais*. v.798. 2002.

STONE SWEET, Alec; MATHEWS. **Jud. Proportionality, Balancing, and Global Constitutionalism**. *Columbia Journal of Transnational Law*. v.47. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *In*: _____. **Direito Administrativo Para Céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: MIT Press, 2018.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty**. Cambridge: HUP, 2003, cap. 6.

VERMEULE, Adrian. **Three Strategies of Interpretation**. University of Chicago, Law Occasional Paper n. 44, pp. 01/22, 2005. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers>. Acesso em 07 nov. 2019.

WANG, Daniel. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **JOTA**, 20 set. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>>. Acesso em 01º abril 2019.