

## Três ressalvas à regulação paternalista

### *Three objections to paternalistic regulation*

*Eduardo Ferreira Jordão<sup>1</sup>*  
*Andre Martins Bogossian<sup>2</sup>*

**Resumo:** O artigo analisa os argumentos paternalistas para a regulação estatal, considerando que justificativas paternalistas são uma das principais razões para regular. Verifica-se que a regulação paternalista traz problemas de três ordens: epistêmicos, institucionais e referentes ao próprio instrumental linguístico utilizado pelo direito. Mais especificamente, argumenta-se que, quando ela é utilizada, há (i) limitações cognitivas e situacionais do próprio regulador; (ii) questionamentos válidos quanto às reais motivações de intervenções

- 
- 1 Professor da Faculdade de Direito da FGV-Rio e sócio da Portugal Ribeiro Advogados. Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), com pesquisas de pós-doutorado realizadas na Harvard Law School e no MIT Economics. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE).
  - 2 Doutorando em Direito da Regulação pela FGV-Rio. Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School (2016). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2015). Graduado magna cum laude pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2010). Advogado especializado em Direito Público, com enfoque em Direito Administrativo da Infraestrutura e Regulatório.

regulatórias fundamentadas no paternalismo; e (iii) acentuação do problema da “incongruência” entre os efeitos da aplicação das normas e as razões (de primeira ordem) que as justificam.

**Palavras-chave:** regulação; paternalismo; paternalismo libertário.

**Abstract:** The article analyses the paternalistic arguments for state regulation, considering that paternalistic justifications are one of the main reasons to regulate. It is noted that paternalistic regulation brings problems of three kinds: epistemic, institutional, and referring to the very linguistic framework used by law. More specifically, we argue that, when such justifications are used, there are (i) cognitive and situational limitations to the regulator; (ii) valid questions regarding the real motivations of regulatory interventions based on paternalism; and (iii) accentuation of the problem of “incongruence” between the effects of the application of norms and the (first order) reasons that justify them.

**Keywords:** regulation; paternalism; libertarian paternalism.

## Introdução

A regulação paternalista tem ganhado bastante força e popularidade nos últimos anos, na esteira da disseminação de estudos relacionados à economia comportamental. Este tipo de regulação pode assumir diferentes formas, a depender do grau de interferência na conduta individual e da existência ou não de uma sanção pela não adesão, por parte do indivíduo, à conduta esperada.

Tradicionalmente, as formulações paternalistas possuem um forte elemento de intervenção e cominavam uma sanção para o seu descumprimento. É o chamado paternalismo coercitivo, forte, que lança mão primariamente de estratégias de comando e controle com sanções administrativas (como a perda de pontos na habilitação para dirigir pela não utilização de cinto de segurança) ou até a utilização do aparato criminal.<sup>3</sup> Numa segunda hipótese de regulação paternalista, intermediária, o regulador procura induzir comportamentos por meio de estímulos ou incentivos. Cogita-se, por exemplo, de subsídios estatais ou incentivos fiscais a indivíduos que adotem as práticas desejadas. Já o paternalismo libertário, brando ou *soft*, a terceira hipótese, lança mão amplamente de intervenções destinadas a induzir (*nudge*) comportamentos por meio da modelagem da “arquitetura de escolha” dos agentes cujo comportamento se pretende alterar (SUNSTEIN e THALER, 2008). A intenção é a de mostrar que melhor que obrigar o indivíduo a agir de determinada forma seria guiá-lo para a escolha certa. Assim, essa corrente está mais preocupada em orquestrar o processo de tomada de decisão individual de modo que as pessoas possam fazer melhores escolhas. Os arquitetos deveriam, no processo de construção do cenário de escolhas, proceder a uma comparação utilizando uma análise de custo-benefício, privilegiando, assim, soluções de baixo custo para a liberdade individual, simplificando e melhorando a tomada de decisão, como por meio da exigência de informações obrigatórias. Por exemplo, ao invés de proibir a venda de bebidas alcólicas, um arquiteto de escolhas obrigaria os comerciantes a montar

---

3 Para Sarah Conly (2013, p.7), os dados empíricos que mostram as falhas na racionalidade humana são mais que suficientes para legitimar o uso da coerção, do poder punitivo estatal, inclusive penal. Nas suas palavras, o paternalismo é mais justificável que normalmente pensamos.

suas prateleiras de modo a dificultar a visualização e o acesso dos consumidores às bebidas cujo consumo se quer reduzir.<sup>4</sup>

Como se vê, em todas as hipóteses acima, a regulação estatal é justificada como forma de proteger o indivíduo de suas próprias (más) escolhas e de suas próprias limitações, evitando que ele cause um prejuízo a si próprio (HART, 1963, p. 31; FEINBERG, 1971, p. 105; DWORKIN, 1972, p. 65; VALDÉS, 1988, p. 155; CAMPS, 1988, p. 185). Esta “justificativa paternalista” da regulação estatal se soma a justificativas mais tradicionais, como aquelas relacionadas com a correção de falhas de mercado (VISCUSI e GAYER, 2015, p.973) ou com a promoção de determinadas finalidades públicas “não econômicas” (cf. SUNSTEIN, 1990, pp. 55-69). O paternalismo brando (ou libertário) possui claras vantagens em relação ao seu coirmão coercitivo: primeiro porque preserva a possibilidade de escolha do indivíduo, ainda que alterando o cenário em que essa escolha é feita; segundo porque não prevê sanções aos indivíduos que “fazem a escolha errada”, punindo apenas os “arquitetos” que

---

4 Vale notar que, para Sunstein e Thaler, qualquer situação que possibilite a organização do contexto no qual pessoas fazem escolhas seria uma forma de paternalismo, quer por parte de agentes públicos ou privados (SUNSTEIN e THALER, 2008, p.30); seja o governo exigindo a destinação de parte dos salários para um fundo público de previdência, seja o dono do supermercado que escolhe qual a ordem e localização dos produtos no balcão, algum tipo de paternalismo seria inevitável. Nesse sentido, de fato agentes privados são responsáveis por moldar o contexto em que se dão as escolhas de indivíduos – notadamente no âmbito da relação de consumo – mas o fazem levando em consideração seus próprios interesses (normalmente comerciais). Se tais interesses dependem indiretamente dos interesses de um determinado público alvo, isso não significa que houve uma substituição de interesses: se determinada mercado oferece apenas produtos saudáveis ou os expõe em destaque, ela o faz para conquistar um determinado público, esperando que tal estratégia lhe trará melhores resultados econômicos do que oferecendo produtos que não sejam saudáveis; ainda assim, o faz primariamente em seu interesse, não de seu consumidor.

não se conformam com o cenário que é entendido como o mais adequado. Estas vantagens, no entanto, não isentam o paternalismo libertário de alguns problemas.

Este artigo apresenta três ressalvas às justificativas paternalistas para a regulação. Estas ressalvas se relacionam com (i) a existência de limitações cognitivas e situacionais do próprio regulador; (ii) o ceticismo quanto às reais motivações de intervenções regulatórias fundamentadas no paternalismo; e (iii) a acentuação, no caso de regulações com motivação paternalista, do problema que a teoria do direito tem denominado “incongruência” de normas jurídicas.

Em linhas gerais, se (i) os problemas de processamento informacional e de (ir)racionalidade decisória, que são fundamento comum (com base na literatura da psicologia social e da economia comportamental) para as medidas regulatórias paternalistas são aplicáveis não somente aos sujeitos regulados, mas também aos próprios reguladores individualmente considerados, que se sujeitam também a toda sorte de problemas relativos a deliberações em grupo, e que além disso estão inseridos em instituições não idealizadas; se (ii) as teorias da captura e as que explicam a regulação em função do autointeresse do regulador possuem alguma validade; e se (iii) as normas que veiculam medidas paternalistas necessitam ser especialmente congruentes, mas, ao mesmo tempo, precisam lidar com os problemas de inclusividade e indeterminação inerentes ao direito – então o entusiasmo com as justificativas paternalistas devem, ao menos, ser vistos com algum ceticismo. Isso não significa necessariamente que elas não possam ser utilizadas, mas indica que elas precisam superar estas ressalvas para serem consideradas adequadas.

Portanto, o objetivo do artigo é demonstrar que a justificativa paternalista para a regulação traz consigo proble-

mas intrínsecos de três ordens: alguns epistêmicos, outros institucionais e outros referentes ao próprio instrumental linguístico utilizado pelo direito. Razões essas que podem levar a falhas regulatórias, muitas vezes gerando resultados contrários ao propósito alegado das estratégias regulatórias (GRABOSKY, 1995, p.347). Afinal, como indicam Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 68), iniciativas regulatórias nascem em meio a esperança e otimismo, que eventualmente transformam-se em tristeza e decepção quanto a sua necessidade e efetividade.

## **2 As limitações cognitivas e situacionais do próprio regulador**

A primeira ressalva às justificativas paternalistas para a regulação diz respeito à capacidade dos próprios reguladores de chegar efetivamente às decisões que melhor atendam os interesses do regulado.

Há algumas abordagens possíveis neste campo, que analisam o processo decisório em três níveis: individual, colegiado e institucional: (i) devolver aos reguladores o tipo de crítica à capacidade epistêmica feita aos agentes privados, que será o foco principal deste estudo; (ii) considerar que a deliberação em ambientes colegiados (bastante comum na prática regulatória) também possui problemas intrínsecos, como vieses e heurísticas próprias; e (iii) aplicar o conjunto de considerações relativas à capacidade institucional das entidades regulatórias. As ressalvas aqui apresentadas pretendem desmitificar o ambiente e processo decisório regulatório e averiguar quem (regulador ou regulado) está em melhor posição para obter as informações necessárias para identificar o interesse a ser protegido, processar adequadamente tais informações e transformar tal conhecimento em

deliberação, em uma medida (seja a norma regulatória geral e abstrata ou a ação individual) que seja mais adequada aos interesses dos indivíduos.

Em relação ao primeiro ponto, é possível reconhecer que a maior contribuição dos estudos de psicologia e economia comportamental para o paternalismo regulatório estaria no fato de que mesmo na ausência de problemas informacionais (uma falha de mercado conhecida no âmbito da regulação) ou outros obstáculos externos à decisão racional, ainda assim sujeitos falham em maximizar seu bem estar e utilidade em razão de diversas limitações cognitivas e vieses (ZAMIR e TEICHMAN, 2018, p. 168). Mas se a psicologia social e economia comportamental identificam carências informacionais e cognitivas nos indivíduos que tomam decisões como algo intrínseco ao raciocínio humano, não seria o caso de investigar se tais carências afetam também agentes públicos enclausurados em seus escritórios? Seria o caso de que a procedimentalização da atividade regulatória, a exigência de análise pelos reguladores de dados objetivos (quando existentes, o que é uma premissa bastante questionável) sobre o objeto regulado, a colegialidade e a distância do regulador em relação ao objeto regulado serviriam como elementos imunizantes da decisão regulatória contra problemas de decisão, ainda que não sejam uma panaceia (ZAMIR e TEICHMAN, 2016, p. 170)?

A resposta deve ser não (VISCUSI e GAYER, 2015, p.978). Mesmo um dos pais do paternalismo libertário, Cass Sunstein (2012, p.102), reconhece que “para cada viés identificado para um indivíduo há um viés para a esfera pública que o acompanha”. A visão de Zamir e Teichman (2016, p.170) de que reguladores e responsáveis por políticas públicas em geral (*policymakers*) avaliam as suas opções de decisão de modo calmo, desinteressado, baseando-se apenas

em estatísticas confiáveis, enquanto que a tomada de decisão individual do sujeito regulado seria apressada e emocional parece representar justamente a visão ingênua (tanto em relação a superestimar a objetividade da ação regulatória quanto a subestimar a capacidade decisória individual). Assim é que as falhas na cognição e tomada de decisão humana devem tornar o debate aberto também aos erros de agentes públicos, não só de agentes privados, argumentando que haveria boas razões para crer que a tomada de decisões na esfera pública é possivelmente mais falha que a tomada de decisões na esfera privada (GLAESER, 2006). Estudos demonstram que, dos artigos de economia comportamental propondo respostas regulatórias de caráter paternalista, apenas 4,5% contém algum tipo de análise das capacidades cognitivas dos *policymakers*, o que significa que um assustador número de 95,5% da literatura simplesmente ignora essa questão (VISCUSI e GAYER, 2015, p.977).

Na verdade, Glaeser apresenta modelos econômicos em que demonstra sua hipótese, envolvendo os custos e incentivos em tomar decisões acertadas para tanto reguladores quanto para os indivíduos. Para ele, a falta de incentivos na atividade regulatória para tomar a melhor decisão para todo um conjunto de indivíduos, em comparação com os incentivos de cada indivíduo para tomar as melhores decisões para si, bem como o número reduzido de tomadores de decisão públicos, sugerem que a decisão centralizada governamental é propensa a ser falha (2006, p.134).

É possível perceber, como mesmo Sunstein e Thaler reconhecem (2003, p.178), que muitas vezes o planejador centralizado não poderá fazer uma correta avaliação do que melhor promoverá o bem estar, especialmente por possuir pouca informação a respeito das preferências e consequências dos cenários regulatórios. Além da propensão à falha,

não é possível ignorar outro problema advindo da assimetria informacional: os custos informacionais do processo de construção de um saber sobre os indivíduos de determinada população que serão objeto da intervenção governamental (SOUZA e GLOECKNER, p.439). Como indicado por Kaplow (1992), há custos (principalmente informacionais e decisoriais) inerentes às atividades tanto de elaboração quanto de aplicação de normas gerais e abstratas, custos esses que variam a depender da estrutura normativa adotada.

Em última análise e levado ao extremo o argumento dos custos e assimetrias informacionais, é preciso reconhecer que é o próprio indivíduo quem possui mais informações e a menores custos para a melhor tomada de decisão em cada caso, considerando que o regulador, por mais que munido de dados estatísticos, não possui os conhecimentos específicos que estão disponíveis somente aos indivíduos dispersos. Trata-se do chamado “problema do conhecimento” (RIZZO e WHITMAN, 2009, pp.909-910) identificado desde a crítica de Hayek ao planejamento central da economia (VISCUSI e GAYER, 2015, p. 978).<sup>5</sup>

Um paternalista argumentaria, como Zamir e Teichman acima, que as decisões governamentais são baseadas em inúmeros e extensos estudos que conseguiriam representar

---

5 “Só os indivíduos poderão conhecer plenamente as circunstâncias relativas a cada caso e a elas adaptar suas ações. Para que o indivíduo possa empregar com eficácia seus conhecimentos na elaboração de planos, deve estar em condições de prever as ações do estado que podem afetar esses planos. Mas, para que tais ações sejam previsíveis, devem ser determinadas por normas estabelecidas independentemente de circunstâncias concretas que não podem ser previstas nem levadas em conta de antemão – e os efeitos específicos dessas ações serão imprevisíveis. Por outro lado, se o estado dirigisse as ações individuais visando a atingir objetivos específicos, teria de agir com base em todas as circunstâncias do momento, e portanto suas ações seriam imprevisíveis. Daí o conhecido fato de que, quanto mais o estado “planeja”, mais difícil se torna para o indivíduo traçar seus próprios planos.” (HAYEK, 2010, pp.91-92).

com satisfatória fidelidade o estado de determinada questão na sociedade, apresentada em seus estratos mais detalhados pelos critérios mais variados. Ainda que se conceda à regulação inquestionável qualidade em sua formulação, mesmo assim ela apenas poderá se referir a grupos (maiores ou menores, majoritários ou minoritários), mas nunca a indivíduos, quer por uma impossibilidade física de ter acesso a todas as preferências e necessidades dos indivíduos (até porque, como visto, muitas vezes nem os próprios sujeitos sabem ao certo o que querem), quer por uma impossibilidade lógica, ao perceber que qualquer pretensão de individualização de soluções esbarra no próprio caráter geral e abstrato da lei, como será melhor explorado abaixo.

Em adição à aplicação dos próprios questionamentos feitos pela economia comportamental em relação à tomada de ações do próprio regulador como indivíduo, em um segundo nível de abstração é preciso mencionar que a literatura paternalista ignora uma série de críticas (inclusive com a verificação de vieses e heurísticas exclusivas) aplicáveis ao processo deliberativo em grupo – também objeto de extensa literatura.<sup>6</sup>

Em terceiro lugar, podem também entrar em cena considerações de caráter institucional;<sup>7</sup> críticas endereçadas à formação e procedimentos adotados nas instituições reguladoras. Além de se considerar a (nem sempre verificada) *expertise* do regulador que toma a decisão e do conjunto de forças que atuam em um “jogo de governabilidade” (facilitando ou dificultando) para que o aparato estatal tome decisões efetivas (PALMA e MARQUES NETO, 2020, p.204),

---

6 Cite-se, exemplificativamente: ELSTER, 2013; FISHKIN, 2011; GASTIL, 1998; KERR; TINDALE, 2004; LIGHTLE; KAGEL; ARKES, 2009; STASSER; STEWARD, 1992; SUNSTEIN, 1996.

7 A chamada virada institucionalista no direito ganhou força após a publicação do artigo SUNSTEIN; VERMEULE, 2003.

este último conjunto de críticas de caráter institucional pode ser entendido, em largos termos, pela proposição de que as estratégias interpretativas devem levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão, e que muitas vezes a instituição na qual está situado o regulador sequer lhe permitiria ter condições adequadas para adquirir e processar as informações necessárias para a tomada de decisão.

Por fim, é preciso considerar que não são inexpressivos os casos em que as medidas gerais e abstratas, em nível regulatório, possuem não somente custos de elaboração e criação normativa, mas também consequências que não foram estimadas pelo próprio regulador. Se em muitos casos os efeitos não antecipados poderiam ser previstos com o conjunto de informações e o ferramental disponível ao regulador – mas não o foram por uma falha sua – em tantos outros as consequências indesejáveis são efetivamente imprevisíveis e incalculáveis (WRIGHT, 2016, p.219).<sup>8</sup>

### **3 O ceticismo quanto às reais motivações regulatórias**

Uma das dificuldades de se tratar do tema de falhas regulatórias diz respeito ao fato de que tais debates são normalmente baseados em diferentes concepções do que é “boa” regulação, para que, contrastada, se perceba onde houve alguma falha em atingir tal parâmetro (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2102, p.69). Um dos elementos, contudo, em que se pode lastrear uma avaliação mais objetiva da regulação é a correspondência das medidas às razões que

---

8 Sobre consequências não previstas de ações estatais: BASTIAT, 2020; MARNEFFE, 2006.

justificaram oficialmente a sua adoção. No caso de regulações paternalistas, a correspondência às razões de proteção do sujeito regulado, que agiria em prejuízo próprio caso não houvesse a dita regulação.

Assim, a segunda ressalva à regulação paternalista diz respeito às justificativas reais da regulação. Em outros termos, trata-se de questionar se é realmente verificada a premissa (em tese) justificadora da ação paternalista de que a medida regulatória está sendo tomada nos interesses dos indivíduos regulados e não em outros interesses, seja de grupos de interesse do mercado ou dos próprios interesses institucionais do regulador. Ora, se a literatura sobre captura da regulação possuem algum fundamento, então a justificativa paternalista deve ser vista com parcimônia, podendo consistir em desculpa para o atendimento de interesses outros - dos próprios reguladores ou de terceiros (ORBACH, 2012, p.15).

Uma mera análise de incentivos pode demonstrar que, se o custo de persuadir um ou poucos burocratas detentores do poder regulatório é inferior ao custo de persuadir milhares de indivíduos, é provável que os burocratas sejam mais propensos a agir contrariamente ao interesse dos indivíduos tutelados que os próprios indivíduos (GLAESER, 2006, p.134). Assim é que, apesar de reconhecer que há casos bem sucedidos de paternalismo, não se pode esquecer que, sob a carta branca das medidas paternalistas, reguladores têm abusado de sua posição decisora e atendido a interesses próprios e/ou de terceiros.

Tome-se como exemplo o caso dos cigarros eletrônicos, cuja produção e comercialização têm restrição debatida no país. Eles simulam o ato de fumar pela vaporização de substâncias flavorizantes, podendo possuir ou não nicotina. Por não possuírem as inúmeras substâncias maléficas à saúde

humana que os cigarros tradicionais possuem, os cigarros eletrônicos vêm cada vez mais sendo utilizados como substitutos dos produtos tradicionais pelos dependentes químicos da nicotina, além de evitar que terceiros sejam prejudicados pela fumaça exalada, por eliminarem simplesmente vapor d'água. Assim, podem ser pensados tanto como produto derivado do tabaco ou como mecanismo de auxílio no combate à dependência de nicotina. Essa indefinição quanto a sua classificação é visível em diversos órgãos reguladores sanitários nacionais e internacionais. Se tidos como produtos fumígenos, concorrem com os produtos tradicionais da indústria tabagista; se tidos como uma modalidade de tratamento de reposição de nicotina, concorreriam em um mercado dominado por produtos das grandes indústrias farmacêuticas, como os adesivos e chicletes de nicotina<sup>9</sup>.

Considerando a justificativa (eminentemente paternalista) das normas que pretendem restringir a comercialização de tais produtos, é de se espantar que, como o *Washington Examiner*<sup>10</sup> indicou, sejam as grandes empresas da indústria farmacêutica – e não as grandes empresas de tabaco – os maiores lobistas pressionando governos (especialmente o governo federal norte-americano) em busca de mais intensa regulamentação. Não coincidentemente, foi nomeado para dirigir a área do *FDA*<sup>11</sup> relacionada a produtos de tabaco

---

9 “(A terapia de substituição nicotina) é considerada um método seguro no tratamento da dependência de nicotina, o mais popular e o menos dispendioso. Quando comparada com placebo, é mais efetiva, influenciando também a frequência das recaídas. Esse tratamento pode ser aplicado por quatro formas de apresentação do produto com nicotina: a goma de mascar, o sistema transdérmico, o spray nasal e o vaporizador oral.” (MARQUES, 2001, p.207).

10 <http://washingtonexaminer.com/big-pharma-not-tobacco-companies-wages-war-on-electronic-cigarettes/article/2539441>. Acesso em 09 de maio de 2020.

11 *U S Food and Drug Administration*, agência reguladora sanitária federal

um dos mais respeitados lobistas da chamada *Big Pharma*, Mitch Zeller, que já foi consultor de empresas como a GlaxoSmithKline<sup>12</sup>. Em resumo: por trás de uma regulação com aparência paternalista, pode residir a proteção de interesses corporativos de um determinado setor da indústria, que busca dizimar a concorrência de produtos que rapidamente ganhavam mercado. Uma importante demonstração de captura do regulador por interesses do regulado (STIGLER, 1971).

Note-se que não se está somente no âmbito tradicional da teoria da captura, como visto acima, em que reguladores cedem a interesses de grupos de pressão para obter restrições regulatórias com efeitos anticompetitivos. Há que considerar que os reguladores podem utilizar de supostas razões paternalistas para promover os fins próprios de sua instituição. Tome-se o exemplo do aplicativo lançado pelo FBI que estimula e instrui seus usuários à prática de atividades físicas. Se a intenção do FBI é realmente prover uma melhor qualidade de vida à população americana ou, na realidade, apenas obter maiores informações sobre os usuários do aplicativo<sup>13</sup> para promoção dos seus fins investigativos já é questão que os crentes em uma regulação desinteressada e os adeptos da teoria da escolha pública irão divergir.

Adicionalmente, reguladores possuem incentivos para criar regulações de alta repercussão (como são as de caráter paternalista) a fim de maximizar interesses próprios e institucionais, sejam eles relativos à posição de um regulador específico na instituição a que pertence, ou mesmo ao fortalecimento da própria instituição, maximizando seu orça-

---

norte-americana e um dos mais importantes órgãos do setor no mundo.

12 Informação contida na matéria do *Washington Examiner* indicada *supra*.

13 <https://www.businessinsider.com/fbi-home-workout-fittest-app-tracks-location-data-privacy-2020-3>.

mento, a influência da sua instituição no sistema em que ela se insere ou mesmo aumentando o escopo de competências da instituição (BALDWIN, CAVE & LODGE, 2012, p.46).

Esse tipo de postura cética em relação à regulação vai bastante em linha com a crítica contundente feita ao fenômeno regulatório a partir de uma perspectiva da teoria da escolha pública (*public choice theory*), que tem como foco o exame da vida política real, como fruto de embate entre interesses individuais e coletivos egoísticos (CYRINO, 2016, p.58) e que portanto entende a atividade regulatória apenas como uma forma de proteção de interesses de determinados grupos (seja do mercado ou da sociedade civil). Trata-se da hipótese (ou percepção) de que a regulação é, nas palavras de Stewart (1983, p.1543), uma *self-serving tool*, manipulada seja por grupos econômicos bem organizados para aumentar sua renda, por facções ideológicas desejosas de impor seus valores na sociedade ou pelos próprios reguladores para melhorar sua posição dentro da instituição ou da própria instituição no sistema ou ordenamento setorial em que ela está instalada.

#### **4 A acentuação do problema de congruência das normas regulatórias paternalistas**

O problema analisado no tópico anterior tratava de uma divergência intencional entre as justificativas e razões declaradas, paternalistas (assegurar o melhor interesse do indivíduo tutelado), e as justificativas e razões reais para o fenômeno regulatório (materialização de interesses de grupos de interesse ou dos próprios reguladores). Há uma incongruência no próprio plano das razões e justificativas. O terceiro e último tipo de problemas não assume uma incongruência de razões, mas, mesmo presumindo que as razões

paternalistas são razões verdadeiras para as medidas regulatórias, trata de incongruências entre o resultado prático das normas e as suas razões, relativos à estrutura linguística (BLACK, 2008, p. 13) das normas em questão.

As questões a seguir analisadas dizem respeito à estrutura operativa das normas regulatórias aplicadas, em especial à indeterminação e à inclusividade de tais normas (BALDWIN, CAVE e LODGE, p.69). Elas dizem respeito, na verdade, a problemas da linguagem ordinária e da utilização de generalizações na formulação de normas (SCHAUER, 1991, p.15), e são particularmente relevantes quando verificados em medidas regulatórias de caráter paternalista, que dependem de uma congruência mais robusta.

Normas jurídicas do tipo regras estão baseadas em generalizações para a formação de seus predicados fáticos, estes a hipótese de aplicação da norma (CHRISMANN, 2016a, p.8). Tais generalizações são apenas assunções probabilísticas de uma relação entre os propósitos que se pretendem alcançar com a regra e as medidas necessárias para fazê-lo. É a generalidade que é responsável pelo fenômeno da subinclusão ou sobreinclusão das regras ou pela sua potencial sobreinclusão ou subinclusão. (STRUCHINER, 2009, p. 63). Isso porque as normas, em particular as regras, incorporam mais casos do que deveriam, ou deixam de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes, que, na linguagem da teoria analítica do direito, são chamadas de razões ou considerações de primeira ordem; isto é, a totalidade de razões relevantes que poderíamos levar em conta na ausência da norma para decidir sobre as nossas ações (STRUCHINER, 2009, p.63).

Tais normas, quando aplicadas, geram resultados subótimos (CHRISMANN, 2016b p.40), e ainda que o regulador possa alterar a regra sempre que verificada semelhante hipó-

tese, tal processo é custoso e dá margem a perdas e injustiças ao longo do caminho (DIVER, 1983, p. 73).

Ilustrativamente: uma medida que proíbe ou limita a aquisição de certos tipos de bebidas sob a justificativa de proteção da saúde dos indivíduos sedentários em regime de isolamento domiciliar é ao mesmo tempo sub e sobreinclusiva. Subinclusiva pois, por mais exaustiva que possa ser a lista, ela certamente deixará de fora alguns alimentos que, ainda que não sejam prejudiciais em si, podem vir a ser prejudiciais à saúde em certas doses (por exemplo, o sal). Por outro lado, é também sobreinclusiva, pois afeta situações que não caem no escopo de sua justificativa, como os atletas ou pessoas que já praticam exercícios em casa e que não sofreriam tanto os efeitos de uma alimentação eventualmente inadequada.

Nesses casos, a aplicação da regra produz uma situação indesejada, já que as suas justificativas apontam para resultados diferentes dos apontados pelos predicados fáticos ou pelas generalizações, de modo que o caráter sobre ou subótimo de tais normas representa mais um argumento contrário à sua adoção). O sujeito que não precisa da norma para cuidar de si e que tem boa saúde está tendo sua liberdade injustificadamente restringida por uma norma que não foi intencionalmente direcionada a ele. Esse tipo de problema, como visto, afeta mesmo as versões mais brandas de justificativas ao paternalismo regulatório, visto que não identificam exatamente quando seria apropriada uma intervenção regulatória. Nas palavras de Ogus (2004, p.53):

Although in theory interventionist measures can be formulated so that choices are imposed only where it is demonstrated in the particular circumstances that an individual's decision-making abilities are inadequate, such a case-by-case approach would be impracticable because of the high transaction costs involved. Paternalist regulation, therefore, has to proceed by applying uniform controls on certain activities where it is assumed that

many individuals make unwise decisions. The imprecision of targeting means that some individuals who are well equipped in the relevant areas to make decisions in their own best interests are deprived of choice.

Note-se que esses problemas de sub e sobreinclusão são oriundos da determinação de normas. Outro problema pode ainda acometer as hipotéticas medidas regulatórias é o da indeterminação, o que acontece, principalmente, quando se faz uso de conceitos vagos (CHRISMANN, 2016, p.9). Conceitos ou predicados vagos são aqueles que possuem como marca registrada a característica de apresentarem casos fronteirços ou nebulosos de aplicação. A vagueza pode ser urna vagueza de grau ou combinatória, quando o conceito é multidimensional; ou seja, seu significado depende de uma série de propriedades constitutivas. (STRUCHINER, 2011, p.137). É possível cogitar, no caso, de problemas de vagueza de grau que acometeriam medidas regulatórias paternalistas que modelassem o cenário de escolha de consumidores de forma a promover a aquisição de “alimentos nutritivos”, ou que limitassem a possibilidade de aquisição por um consumidor de alimentos “não saudáveis”; ou que oferecessem incentivos a pessoas “obesas” que praticassem exercícios físicos. Em todos esses casos, por causa da indeterminação prevalente, haveria dúvidas relevantes a respeito dos casos em que as normas seriam aplicáveis: quão nutritivo ou saudável um alimento precisaria ser e quão acima do peso uma pessoa precisaria estar para serem aplicáveis as normas é questão tormentosa decorrente da vagueza de grau dos citados termos.

Já congruência é um atributo de normas que está relacionado à capacidade do conteúdo da norma em produzir resultados em conformidade (congruentes) aos objetivos e razões de primeira ordem que levaram à elaboração da norma

(DIVER, 1983, p.66), e que justificam a elaboração da norma em questão. Congruência é o atributo que permite verificar a promoção dos bens jurídicos tutelados nos resultados individuais de aplicação de cada norma (DIVER, 1983, p. 71).

Diver mostra que cada atributo de normas (dentre os quais a congruência) é mais relevante em um determinado cenário, a depender de quem seja o criador da norma, seu aplicador e do contexto de aplicação (1983, pp. 74-76): há casos em que os erros de classificação de determinado fato nas hipóteses de aplicação da norma são a consideração mais importante a se fazer, e os problemas de inclusividade e indeterminação são particularmente preocupantes nesses cenários.

A contribuição original deste trabalho decorre justamente do reconhecimento que medidas paternalistas são um bom exemplo de norma que demanda uma particular preocupação com sua congruência, e que esta é desatendida em decorrência dos problemas inerentes relativos à sua estrutura linguística.

É que, como visto, as razões paternalistas de primeira ordem se justificam tão somente no fato de regularem a conduta de agentes que de outra forma atuariam em seu próprio prejuízo, restando intrinsecamente atreladas ao interesse do indivíduo regulado cuja incapacidade de decidir em benefício próprio justificaria a intervenção regulatória, incapacidade essa decorrente de sua racionalidade limitada. Isso significa, como exposto, que as normas calcadas em razões paternalistas apenas se justificam se forem congruentes. Assim, caso uma norma paternalista, por problemas seja aplicada a um indivíduo que não sofre com os problemas informacionais e de racionalidade que compõem a razão de primeira ordem para a norma paternalista ou caso ela não seja aplicada a casos em que deveria incidir, há uma

violação dessa congruência e a norma paternalista perde a sua razão de ser.

## Conclusões

A proposta do presente estudo foi a de apresentar três tipos de ressalvas a medidas regulatórias paternalistas. A primeira diz respeito à capacidade dos próprios reguladores de chegar efetivamente às decisões que melhor atendam ao que se imagina serem os melhores interesses do regulado, focando no redirecionamento das críticas à capacidade epistêmica dos próprios agentes reguladores, também mencionando os vieses e heurísticas notados em deliberações em grupos e as críticas às capacidades institucionais dos reguladores.

Já a segunda ressalva diz respeito às justificativas reais da regulação. Em outros termos, trata-se de questionar se é realmente verificada a premissa justificadora da ação paternalista de que a medida regulatória está sendo tomada primordialmente para a realização dos interesses dos indivíduos regulados, e não de outros interesses – seja o de grupos de interesse, como indica a teoria da captura da regulação, ou dos próprios reguladores, considerados institucionalmente ou individualmente nas suas respectivas instituições.

O terceiro grupo de problemas diz respeito à necessidade reforçada, nas medidas regulatórias paternalistas, de congruência entre os efeitos da aplicação das normas e suas razões (de primeira ordem) que as justificam, problemas esses inerentes ao uso do direito. Foram destacados os casos de sub e sobreinclusão, em que as regras que veiculariam as medidas regulatórias paternalistas hipotéticas potencialmente incorporariam mais casos do que deveriam, ou deixariam de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes. Além das questões relativas

à inclusividade, foram avaliados problemas de indeterminação, decorrentes da vagueza de termos potencialmente empregados nas medidas que se poderia cogitar.

Este estudo não desconsidera de pronto as razões paternalistas para dada medida regulatória, mas propõe que tais normas sejam sujeitas a um escrutínio estrito a respeito de sua legitimidade e validade, impondo aos reguladores um ônus argumentativo alto. Para entenderem-se adequadamente justificadas, as medidas regulatórias paternalistas teriam que superar as ressalvas apontadas acima, para além dos requisitos de validade usualmente exigíveis das medidas regulatórias em geral.

## Referências

ATIENZA, Manuel. "Discutamos sobre Paternalismo". *In Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n 5, 1988. Disponível em < <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15294> >. Acesso em 09/04/2020.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice**. 2a ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BASTIAT, Frederic. **O que se vê e o que não se vê**. Rio de Janeiro: LVM, 2020.

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

BLACK, Julia. "Critical Reflections on Regulation", **Australian Journal of Legal Philosophy** 27 (2002)

\_\_\_\_\_. “Forms and Paradoxes of Principles Based Regulation”. **LSE Legal Studies Working Paper** No. 13, 2008

BLUMENTHAL, Jeremy. “Expert Paternalism”. **Florida Law Review**. Vol 64, 2012

BOGOSSIAN, Andre; DE LUCA, Alexandre. “Proibindo o proibido: problemas do paternalismo regulatório e a RDC nº 14/2012 ANVISA”. **BDA - Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 2, fev. 2015

BREYER, Stephen (et al.) **Administrative Law and regulatory policy: problems, text and cases**. 4<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 1998

CAMPS, Victória. “Paternalismo y bien común” in **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n 5, 1988, p. 195. Disponível em <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10874/1/Doxa5\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10874/1/Doxa5_10.pdf)>. Acesso em 9/04/2020

CHIRSMANN, P.H.V. “Julietta não está pronta para ser Montecchio - a união das famílias jurídicas e a necessidade de uma nova metodologia do direito preocupada com precedentes”. **Revista de Direito Brasileira**. v. 14, n. 6, maio/ago. 2016, pp.3-17

\_\_\_\_\_. **Repensando as sanções - Um estudo interdisciplinar do fenômeno punitivo**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2016

CYRINO, André. Rodrigues. “Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade”. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, n. 113, 2016.

CONLY, Sarah. **Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

DIVER, Colin. “The Optimal Precision of Administrative Rules”. **Yale Law Journal**, Vol. 93, No. 1, nov 1983.

DWORKIN, Gerald. "Paternalism". In **The Monist**, v.56, n.1, Janeiro 1972,

ELSTER, J. **Securities Against Misrule**: juries, assemblies, elections. Cambridge U. Press, 2013.

FEINBERG, Joel. "Legal Paternalism" in **Canadian Journal of Philosophy** v.1, n. 1, Setembro 1971

\_\_\_\_\_. **Harm to Self**. New York: Oxford University Press, 1986.

FISHKIN, J. Making Deliberative Democracy Practical: public consultation and dispute resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 26, 2011.

GASTIL, J. **Democracy in Small Groups**: participation, decision-making and communication. New Society Publishers, 1998.

GLAESER, Edward. "Paternalism and Psychology". In **The University of Chicago Law Review** 73, 1, 2006: 133-156

GRABOSKY, P.N, 'Counterproductive Regulation' in **International Journal of the Sociology of Law**, 23, 1995, 347-69;

HART, H.L.A. **Law, Liberty and Morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HATZOPOULOS, Vassilis. **Regulating Services in the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2012

HAYEK, F.A. **Direito, Legislação e Liberdade**, Volume 2, São Paulo: Visão, 1985.

\_\_\_\_\_. **O Caminho da Servidão**. 6ª edição. São Paulo: LVM, 2010.

HILL, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. **NYU Journal of Law & Liberty**, Vol. 2, No. 3, 2007

HODSON, John. "Principles of Paternalism". In **American Philosophical Quarterly**, Vol. 14, No. 1. Janeiro 1977,

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. "A Behavioural Approach to Law and Economics", 1998, 50 **Stanford Law Review** 1471

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

KAPLOW, Louis. "Rules versus standards: an economic analysis" **Duke Law Journal**, v. 42, 1992.

LIGHTLE, J.; KAGEL, J.; ARKES, H. Information Exchange in Group Decision Making: The Hidden profile problem reconsidered. **Management Science**, v. 55, n<sup>o</sup> 4, 2009.

LODGE, Martin e WEGRICH, Kai. **Managing Regulation Regulatory Analysis, Politics and Policy**. NY: Palgrave Macmillan, 2012.

LOOMES, Graham e SUGDEN, Robert, "Regret Theory: An Alternative Theory of Rational Choice Under Uncertainty", **Economic Journal** n. 92, 1982.

MALM, H. M. "Liberalism, bad samaritan law and paternalism". In **Ethics**, V. 106, n. 1, outubro 1995, pp. 4-31.

MARNEFFE, Peter de. Avoiding Paternalism. 34 **PHIL. & PUB. AFF.** 68, 94, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MARQUES, A.C.P.R. *et al.* "Dependência de nicotina". **Revista Brasileira de Psiquiatria** Vol. 23, n.4, 2001.

OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oregon: Hart Publishing. 2004

PALMA, Juliana. Bonacorsi. de, & MARQUES NETO, Fláudio de Azevedo “Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União”. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, n. 120, 2020.

PROSSER, Tony “Two visions of regulation”, paper for “**Regulation in the Age of Crisis**, University College Dublin, June 2010

REICH, Norbert. “A crise regulatória – ela existe e pode ser resolvida?” in **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu**. Paulo Todescan Lessa Mattos (coordenação), 2ª edição revista, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017

RIZZO, Mario J. e WHITMAN, Douglas Glen. “The Knowledge Problem of New Paternalism”, **BYU Law Review** 905, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

SOUZA, L. M. B. de, & GLOECKNER, R. J.. Biopolítica e Governamentalidade na Belle Époque carioca: Alguns apontamentos iniciais sobre o controle médico da população e do espaço urbano. **Revista Brasileira De Estudos Políticos**, n. 113, 2016..

STASSER, G.; STEWARD, D. Discovery of Hidden Profiles by Decision-Making Groups: solving a problem versus making a judgment. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 63, nº. 3, 1992.

STEWART, Richard, “Regulation in a Liberal State: the role of non-commodity values”, **Yale Law Journal**, Vol. 92, No. 8, Jul., 1983,

STIGLER, George J. "The Theory of Economic Regulation". **The Bell Journal of Economics and Management Science**. Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971), pp. 3-21

STRUCHINER, Noel; CHRISMANN, Pedro H. V.. Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça. *Cad. CRH*, Salvador, v.25, n.spe 2, p.133-150, 2012. Acesso em 09/04/2020. <https://doi.org/10.1590/S0103-49792012000500010>

STRUCHINER, Noel. "O 'aparente' paradoxo das regras". *ethic@ Florianópolis* v. 8, n. 3, p. 63 - 71 Maio 2009.

\_\_\_\_\_. Indeterminação e Objetividade: Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir. In MACEDO Jr. Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina **Direito e Interpretação: racionalidades de instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.119-152

SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. **Legal Reason and Political Conflict**. Nova Iorque: Oxford U. Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **Why Nudge? - The Politics of Libertarian Paternalism**. New Haven: Yale University Press, 2012.

\_\_\_\_\_; THALER, Richard. "Libertarian Paternalism". *In The American Economic Review*, Vol. 93, No. 2, 2003.

\_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003.

TINDALE, R. Group Performance and Decision Making. *Annu. Rev Psychol*. 2004.

VALDÉS, Ernesto Garzón. "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" in **Doxa: Cuadernos de Filosofía**

**del Derecho**, n 5, 1988. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15291>. Acesso em 09/04/2020.

VISCUSI, W. Kip e GAYER, Ted. “Behavioral Public Choice: The Behavioral Paradox of Government Policy”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol 38, n° 3, 2015

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral law and economics**. NY: Oxford University Press, 2018.

WRIGHT, R. George. “Legal Paternalism and the Eclipse of Principle”. **University of Miami Law Review**, vol 71, 1, 2016

---

*Recebido em 29/09/2020*

*Aprovado em 08/12/2020*

**Eduardo Ferreira Jordão**

*E-mail: eduardo.jordao@fgv.br*

**Andre Martins Bogossian**

*E-mail: andre.bogossian@fgv.edu.br*

