

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?

Analysis of regulatory impact and proportionality: structural similarities, same real problems?

Fernando Leal

Sumário

A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO	84
Ricardo Lins Horta	
A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	155
Giraldo Yanitza	
IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT	173
Mary Maerz	
PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....	190
Bianca Baracho	
A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....	231
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....	250
Pedro Niebuhr	
A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....	274
José Adércio Leite Sampaio	
THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	295
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?.....	313
Fernando Leal	
“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	350
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL?	373
Cristóbal Carmona Caldera	
SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO	401
Marcílio Toscano Franca	

Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?*

Analysis of regulatory impact and proportionality: structural similarities, same real problems?

Fernando Leal**

Resumo

O presente trabalho investiga as semelhanças e diferenças estruturais entre o exame de proporcionalidade e a Análise de Impacto Regulatório visando a identificar problemas compartilhados pelas duas metodologias de justificação. Ao final, concluo que muitos desafios enfrentados por um dos exames podem afetar o outro e que a experiência acumulada no Brasil sobre a aplicação inconsistente da proporcionalidade pode inspirar reflexões sobre o desenvolvimento de análises de impacto regulatório que não funcionem na prática como simples manipulação de um rótulo vazio.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Análise de Impacto Regulatório. Análise Custo-Benefício. Regulação.

Abstract

This paper investigates structural similarities and differences between the proportionality test and regulatory impact assessment, aiming to identify shared difficulties between both justification methodologies. I conclude by highlighting that several challenges faced by one of the methodologies might affect the other and that the accumulated experience in Brazil on the inconsistent application of the proportionality test may inspire further reflections on the development of regulatory impact analyzes that do not work in practice as mere manipulation of an empty label.

Keywords: Proportionality test. Regulatory Impact Assessment. Cost-Benefit Analysis. Regulation.

1 Introdução

O direito administrativo no Brasil segue em transformação. Se no início deste século a dogmática administrativista tradicional orientada em construções datadas, em alguns casos, do século XIX, perdeu espaço para o discurso da conformidade constitucional, é perceptível um conjunto recente de

* Recebido em 08/11/2019

Aprovado em 13/12/2019

** Professor da FGV Direito Rio. Por comentários e sugestões a versões anteriores deste trabalho, gostaria de agradecer a Eduardo Jordão, Natasha Salinas, Thomaz Pereira, Thiago Araújo, Pedro Pamplona Cotia, Gabriel Machado e Sandro Sabença. E-mail: fernando.leal@fgv.br

movimentos doutrinários e legislativos que encaminham o direito administrativo para uma certa inclinação pragmática¹. Parafraseando Eduardo Jordão, se o presente do direito administrativo é o da constitucionalização, o futuro da área parece destinado a rejeitar o idealismo sustentado sobre o apelo excessivo a princípios constitucionais e avançar para preocupações com as consequências práticas das decisões administrativas e o funcionamento real das instituições².

Este momento de transição dos referenciais básicos para a compreensão e desenvolvimento teórico, normativo e dogmático da área produz diversos efeitos. Do ponto de vista metodológico, o mais importante deles estaria em uma anunciada redução de importância da proporcionalidade, que ganhou o mundo como principal instrumento de estruturação e condução de processos decisórios orientados na realização de princípios jurídicos em colisão³, e na crescente ênfase em mecanismos percebidos como mais aptos para estruturar e orientar processos decisórios orientados na consideração de consequências. Se em um direito administrativo constitucionalizado, em que as possibilidades de justificação de escolhas administrativas são, paradoxalmente, tão amplas quanto as possibilidades de seu controle, o exame de proporcionalidade se torna o último reduto de racionalidade para a tomada de decisão e para o controle das escolhas da Administração⁴, em um direito administrativo que se pretende pragmático, a aspiração por racionalizar processos de decisão e de revisão de decisões administrativas parece exigir uma nova caixa de ferramentas. Nesse novo contexto, o otimismo anterior em torno da proporcionalidade, transformado em frustração pela sua redução, na prática, a um rótulo vazio disponível para justificar qualquer decisão⁵, parece contaminar um novo candidato: a análise de impacto regulatório (AIR). Assim, o protagonismo exercido pela proporcionalidade no presente de um direito administrativo constitucionalizado poderia passar a ser desempenhado pela análise de impacto regulatório no futuro de um direito administrativo orientado pragmaticamente.

A euforia em torno da AIR é facilmente identificável. Se fora do país a sua defesa e o seu uso já não são uma novidade, recentes produções normativas, como as leis 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e a Lei 13.848/2019, conhecida como “Nova Lei das Agências Reguladoras Federais”, revelam que, entre nós, a sua rápida disseminação é questão de tempo. O otimismo em torno dos seus potenciais para orientar decisões sensíveis aos seus efeitos na realidade deixa-se igualmente notar quando se sustenta a ampliação do seu emprego para nortear até mesmo escolhas legislativas que envolvam temas penais, especialmente as que versam sobre segurança pública⁶.

Nesse quadro, se é verdadeiro que a proporcionalidade real parece muito distante da sua melhor versão possível e que existe uma esperança crescente nos potenciais da AIR para permitir o controle de escolhas de agentes públicos sensíveis aos seus impactos no mundo – sobretudo escolhas regulatórias –, não parece ser necessário, para tanto, (i) assumir que AIR e proporcionalidade sejam instrumentos metodológicos es-

¹ As alterações produzidas pela lei 13.655/18 na LINDB podem ser consideradas, do ponto de vista legislativo, um dos marcos centrais para a constatação dessa orientação. V. 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.

² JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 190.

³ STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. [s.l.]. v. 47, p. 73-160, 2008.

⁴ V. BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 11 nov. 2019, especialmente p. 9-12.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, 2002, p. 31.

⁶ Para mais informações ver: SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública. **JOTA**, em 21.jul.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>>. Acesso em: 04.nov.2019. Ver também: ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. A Constituição pede tanto?. **JOTA**, em 29.jul.2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/a-constituicao-pede-tanto-29072019>> Acesso em: 04.nov.2019.

truturalmente tão distantes quanto parecem e (ii) que se acredite que uma possa substituir a outra, como se ambas fossem incompatíveis, ou como se a AIR representasse um substantivo avanço em relação ao teste de proporcionalidade. Ao contrário, o objetivo deste trabalho é precisamente sustentar a existência de aproximações estruturais entre AIR e proporcionalidade para, em razão disso, identificar as possíveis relações de complementariedade e os problemas comuns entre os dois exames. Para tanto, é importante explorar as aproximações e distinções entre os dois exames em razão da sua adequação ou dificuldade para (i) organizar raciocínios prospectivos no direito, (ii) lidar com específicos problemas de interação normativa, (iii) servir como estruturas de justificação destinadas a conduzir processos decisórios de instituições diferentes (Administração, Legislativo ou Judiciário) em momentos que podem ser diferentes (formação da vontade regulatória, seu monitoramento ou sua revisão), que exigem – ou, em uma leitura mais fraca, não excluem – a participação de especialistas ou outros segmentos da sociedade, (iv) justificar posturas de deferência quando usados como mecanismos de controle ou monitoramento de escolhas regulatórias, (v) impedir a sua instrumentalização para a realização de preferências políticas dos seus aplicadores e (vi) impor ônus de prova e de argumentação superáveis por tomadores reais de decisão, escapando de objeções de sobre-racionalidade. Após uma breve apresentação do que AIR e proporcionalidade exigem como padrões de justificação, este texto se organizará em torno dos seis itens indicados até a sua conclusão. Durante esse percurso, o presente texto pretende se servir da experiência acumulada em torno da aplicação da proporcionalidade, sobretudo no país, para o desenvolvimento de reflexões sobre a operacionalização adequada da AIR.

2 AIR e Proporcionalidade: aproximações e distinções estruturais

2.1 Aproximações gerais: AIR e proporcionalidade como metodologias de decisão

Justificar aproximações e distinções entre análise de impacto regulatório e proporcionalidade é um empreendimento que já parte de uma significativa dificuldade: enquanto a estrutura do exame de proporcionalidade em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito seja, ainda que o sentido dessas expressões possam variar em diferentes realidades jurídicas⁷, amplamente conhecida e estável, não há uma estrutura amplamente aceita e tampouco um uso sistematicamente organizado da análise de impacto regulatório⁸. Ao contrário da proporcionalidade, a AIR, apesar de cada vez mais utilizada no mundo como um componente central de estratégias de administração regulatória, recebe ainda conformações muito distintas – às vezes até em uma mesma jurisdição⁹. Por esse motivo, se um dos polos da comparação pode ser sem maiores dificuldades identificado, não é claro como, na condição de estrutura metodológica de justificação, dever-se-ia desenvolver uma AIR.

⁷ GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. [s.l.]. v. 57, n 2, p. 383-397, 2007.

⁸ Radaelli, por exemplo, afirma que Itália, França e Áustria seriam países em que a AIR cairia em uma categoria que poderia ser metaforicamente descrita como “*nova garrafa sem vinho dentro*”. RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l.]. v.12, n 5, fev. 2005, p. 930. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019. Ver também: OECD. Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, p. 15. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18>. Acesso em: 07.nov.2019.

⁹ OECD. Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**. OCDE publishing. [s.l.]. 2009, p. 16. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18>. Acesso em: 07.nov.2019. A OCDE indica que, em 2008, 31 jurisdições já se serviam de alguma expressão de AIR (Id. p. 15). Sobre as variações das AIRs correlacionadas a preferências políticas dos agentes públicos nos EUA ver estudo empírico de Ellig, McLaughlin e Morral III, em: 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**. [s.l.]. v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

Em um plano mais geral, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam como roteiros organizados de percursos de justificação de decisões de agentes públicos. Nessa perspectiva, a utilidade de cada um como instrumento capaz de promover racionalidade e, assim, contribuir para aceitabilidade de escolhas públicas, decorre da sua pretensão declarada de (i) conduzir o processo de justificação, especialmente pela distribuição de ônus de prova e ônus de argumentação, (ii) possibilitar o conhecimento das razões que sustentam as decisões que sobre eles se sustenta, (iii) permitir, como consequência da etapa anterior, o seu controle crítico, e, finalmente, (iv) abrir as portas para aprendizado institucional, seja pelo refinamento dos percursos de justificação existentes, seja pela sua substituição por novas alternativas após a sua aplicação frequente no tempo e em diferentes lugares¹⁰.

Como se nota, ter um mecanismo de justificação conhecido e estável é útil não só para a apreciação da qualidade das decisões que dele se seguem, como para o desenvolvimento de reflexões sobre a adequação da própria metodologia de decisão para a realização dos seus propósitos após a sua efetiva aplicação na realidade. Sua necessidade, ademais, torna-se maior quanto mais complexo for o processo decisório que pretende organizar em uma comunidade política que exige razões daqueles que decidem na esfera pública – especialmente quando as suas decisões pressupõem a consideração e a valoração de múltiplos elementos.

O fundamento dessa necessidade está na associação entre a (i) complexidade do momento presente da decisão, (ii) o aumento da incerteza projetável no futuro sobre o que é passível de ser conhecido e antecipável, (iii) a dificuldade de estabilizar, como legado do passado, os produtos do processo decisório e, como constante, (iv) o dever de justificar decisões. Nesse contexto, a necessidade *metodológica* se apresenta como chave central para lidar com os principais dilemas do Estado Administrativo contemporâneo: a sua justificação e a adequação das suas ações com a Constituição; as suas credenciais democráticas; a capacidade epistêmica daqueles que nele decidem¹¹. Isso porque métodos, por meio dos roteiros que fornecem, erguem a pretensão tanto de orientar a promoção de objetivos constitucionais como reforçar os seus papéis como limites, abrem-se para a participação da sociedade e requerem a incorporação do melhor conhecimento disponível para a justificação de decisões. É, portanto, sobre a aptidão presumida de mediar as relações centrais entre normatividade, legitimidade e conhecimento que se sustenta o investimento em metodologias de decisão como AIR e proporcionalidade: quanto mais claro e apurado for o método para a otimização desses propósitos, maior o seu potencial para realizar as suas promessas de amarrar, ao menos procedimentalmente, as incertezas do futuro a guias disponíveis e confiáveis prontos para serem operacionalizáveis em qualquer momento. Assim, ainda que a proporcionalidade se apresente como instrumental metodológico aplicável para problemas jurídicos que envolvem princípios jurídicos em colisão e a AIR como um procedimento destinado a informar agentes públicos a respeito da conveniência e dos caminhos possíveis para implementar atos regulatórios destinados a realizar objetivos econômicos ou sociais relevantes¹², ambos erguem, antes de tudo, a pretensão de *orientar* escolhas públicas e, desse modo, satisfazerem as expectativas dos afetados direta ou indiretamente por essas escolhas de que elas se sustentam sobre razões e podem ser controláveis. Nessa dimensão, os dois instrumentos de justificação possuem um caráter *prospectivo*, na medida em que se revelam úteis para conduzir a decisão que *ainda* será tomada. Essa, aliás, parece ser a justificação subjacente do dever imposto pelo artigo 5º da lei 13.874/19, segundo o qual “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão *precedidas* da realização de análise de impacto regulatório”.

¹⁰ Quanto a esse último aspecto, v. OECD Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**, OCDE publishing, 2009, p. 18. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18>. Acesso em: 07.nov.2019.

¹¹ VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**. [s.l.]. n 13-28, 2013, passim. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2329818>>. Acesso em: 07.nov.2019.

¹² OECD Reviews of Regulatory Reform. **Regulatory Impact Analysis: a tool for policy coherence**, OCDE publishing, 2009, p. 12. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18>. Acesso em: 07.nov.2019.

Sem embargo, instrumentos de justificação – e não é diferente com a AIR e a proporcionalidade – também desempenham importante papel *retrospectivo*, uma vez que podem ser usados para justificar a revisão de escolhas de agentes públicos ou, especificamente no caso da AIR, a avaliação de alternativas regulatórias já implementadas destinadas a averiguar se seus objetivos foram alcançados¹³. Nessa dimensão, tanto AIR como proporcionalidade se voltam ao *passado*, pois se ocupam da apreciação, do acompanhamento e de eventual revisão de escolha anteriormente feita. A provocação de um tribunal para avaliar, por exemplo, um ato legislativo já promulgado que restringe e promove direitos fundamentais ou a eficácia de uma escolha regulatória abre a oportunidade para a evocação, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR para *reconstruir* a decisão já tomada e, assim, justificar a sua manutenção ou exclusão do mundo. Assim, se na dimensão anterior tanto AIR como proporcionalidade se relacionam com o controle de escolhas de agentes públicos pela possibilidade de orientação *ex ante*, neste aspecto as duas se aproximam enquanto mecanismos úteis para orientar racionalmente a revisão *ex post* de decisões.

Essas possíveis aproximações iniciais, no entanto, não são suficientes nem necessárias para sustentar a existência de relações de identidade entre os dois exames. A pergunta que segue aberta até este momento, que afeta especialmente a identificação clara dos potenciais da AIR para a realização das vocações metodológicas anteriormente traçadas, é “como” ou “por quais meios” os seus objetivos de indução de qualidade e aperfeiçoamento da atividade regulatória serão realizados. Se a AIR é um procedimento administrativo voltado a auxiliar o agente regulador a tomar melhores decisões a partir da consideração sistemática dos efeitos esperados de diferentes alternativas regulatórias (incluída a possibilidade de descarte de regulações que se mostrem desnecessárias)¹⁴, é incerto como esse procedimento se estrutura ou mesmo como ele *deveria* se estruturar¹⁵. Com outras palavras, ainda que exista algum consenso mais amplo sobre (i) o papel da AIR para justificar a *necessidade* de uma escolha regulatória e para tornar o decisor sensível às *consequências* relativamente a outras alternativas a essa escolha e (ii) a importância de esses aspectos serem apreciados a partir de evidências empíricas e do uso de métodos científicos para a validação de escolhas regulatórias, não existe amplo consenso sobre as etapas pelas quais essas análises devem passar e sobre quais são as consequências relevantes das diferentes alternativas regulatórias que devem ser consideradas no processo decisório¹⁶ (se exclusivamente econômicas ou, como no exemplo inglês, de outras naturezas, como sociais e ambientais¹⁷,

¹³ Essa atividade, chamada de revisão regulatória retrospectiva, embora não seja propriamente recente, passou, nos EUA, a ter especial destaque pelos esforços do governo Obama de institucionalizar a prática chamada de “regulatory lookback”. Seu objetivo, como declarado por Cass Sunstein, que liderou na Administração Obama o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), era criar uma cultura regulatória de avaliação regular. V. a respeito a seção 6 da Executive Order 13.563/11 e COGLIANESE, Cary. Moving forward with regulatory lookback. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017. No Brasil, o guia de diretrizes gerais e roteiro analítico sugerido para análise de impacto regulatório da Casa Civil prevê, nessa linha, a “avaliação de resultado regulatório” (ARR). Segundo o documento, “[o]s atos normativos ou a alteração de atos normativos dispensados de AIR prévia em virtude de urgência deliberada pelo Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras ou pela(s) Autoridade(s) Decisória(s) do órgão ou entidade da administração pública, ou que forem submetidos à AIR Nível II, deverão ser objeto de Avaliação de Resultado Regulatório – ARR, com base nos efeitos observados: I – no prazo de até 2 anos, a contar da sua entrada em vigor, para os casos de urgência; II – no prazo definido na própria norma, para os casos de AIR Nível II”. V. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais** [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf.> Acesso em 06.nov.2019, p. 18. A ARR é definida no guia como “o processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos foram alcançados” (p. 89).

¹⁴ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.29. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 370.

¹⁵ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p.54.

¹⁶ VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 34-35.

¹⁷ Lodge et al indicam que, de acordo com o guia formulado pela Better Regulation Executive (BRE), a AIR deve considerar um amplo espectro de custos e benefícios econômicos, sociais e ambientais, procurando, na medida do possível, sempre monetizá-los. Cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2. ed. Ox-

ou mesmo as relacionadas à promoção de crescimento inclusivo¹⁸).

Para Salgado e Borges, por exemplo, a estrutura da AIR “é, tipicamente, dividida da seguinte forma: título da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de *compliance*; e processos para monitoramento e avaliação”¹⁹. José Vicente Santos de Mendonça, por sua vez, sugere a sua organização em cinco etapas: “(i) a qualificação e a coleta de dados a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios; (ii) a adoção de critério de valoração de tais consequências; (iii) a avaliação delas; (iv) a adoção, correção ou rejeição do ato; (v) seu monitoramento”²⁰. Radaelli, por fim, apresenta os principais elementos do que considera um formato tipicamente *ideal* de AIR: a definição do problema que requer uma ação regulatória; a explícita consideração de diferentes opções, incluindo a opção de não intervenção regulatória; a consulta pública e a participação dos potenciais afetados; a escolha de um método para a análise das diferentes opções; a análise das opções; testes especiais, como os que envolvem aspectos concorrenciais e impactos de gênero; critérios de escolha entre as diferentes opções e sua aplicação para justificar a escolha regulatória sugerida para o decisor; monitoramento e levantamento de informações sobre a alternativa privilegiada²¹.

Esse pequeno inventário de possibilidades revela como a AIR pode assumir diferentes roupagens para a justificativa de uma escolha regulatória. Em razão disso, o seu papel para funcionar como uma espécie de linguagem comum que fixa os referenciais de argumentação, como qualquer instrumento de metodologia, dos diálogos a serem estabelecidos entre reguladores, regulados e outros afetados pela implementação de alternativas regulatórias tende a ser mais importante no plano local, ao contrário da proporcionalidade, que, com os seus três exames bem definidos, acaba servindo, pelo menos do ponto de vista teórico²², como linguagem universal para a orientação de processos de decisão e de revisão de decisões que se estruturam em torno de objetivos constitucionais colidentes. Essa constatação é o ponto de partida para explorar mais de perto as duas estruturas de justificação e, assim, identificar com maior precisão em que elas se aproximam e se diferenciam e quais desafios ambas compartilham.

ford: Oxford University press, 2012, p. 317.

¹⁸ Ver: DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment. **OECD Regulatory Policy Working Papers**, Paris, n 3, p. 1-55, OECD Publishing, 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/5jm3tqwqp1vj-en>>. Acesso em 24. Ago.2019.

¹⁹ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão nº1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília. Jan. 2010, p. 7. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em 06.nov.2019.

²⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 371.

²¹ RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l]. v.12, n 5, fev.2005, p.926. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019.

²² O argumento apresentado reforça os potenciais metodológicos da proporcionalidade como produto de sua organização teórica. Mas isso não significa que, na prática decisória, essa organização, como já anunciado, seja descartada e a proporcionalidade, por conseguinte, torne-se apenas uma palavra vazia. Pensando especificamente na realidade brasileira, a “proporcionalidade real”, reduzida a um lugar-comum, provavelmente ocupa uma posição de menor destaque para contribuir para a racionalidade de decisões jurídicas quando comparada à “AIR real”. Com outras palavras, a relação que se estabeleceu até este momento no texto possivelmente se inverte quando o foco sai da teoria e alcança a prática: o que a proporcionalidade oferece, no plano teórico, em termos de linguagem comum conhecida e estruturada para conduzir processos de justificação se torna, na prática, menos do que a AIR, que, mesmo carente de uma estrutura única facilmente apreensível, não se deixa reduzir no mundo real a um simples *slogan*. Se algum esforço de estruturação de um raciocínio norteia AIRs reais, como o de identificação de alternativas regulatórias, incluindo a não regulação como possibilidade, e das suas respectivas consequências, isso já se revelaria suficiente para o reconhecimento de que ela se distancia de uma mera expressão carente de operacionalização.

2.2 Aproximações e distinções específicas

Se é verdadeiro que a AIR ainda carece de estrutura amplamente reconhecida, isso não significa afirmar a inexistência de aspectos consensuais subjacentes às suas mais diferentes versões. O mais evidente deles reside no fato de a AIR se oferecer como uma estrutura de justificação *consequencialista* de decisões. Como tal, ela pressupõe uma estrutura formal básica que se organiza em torno de três etapas e duas dimensões. As etapas seriam: (i) a fixação das alternativas de decisão, (ii) a identificação das consequências atreladas a cada uma das alternativas de decisão e (iii) a identificação de um critério de valoração para ordenar os distintos estados do mundo que podem advir da implementação das diferentes alternativas decisórias. Note-se, nesse particular, como essas etapas básicas aparecem, ainda que nem sempre de forma explícita, nas diferentes formulações de AIR apresentadas anteriormente.

As duas dimensões de um raciocínio consequencialista, por sua vez, seriam: (i) a positiva, que se expressa no esforço de prognose dos efeitos que podem ser produzidos pelas diferentes alternativas e (ii) a normativa, que decorre da aplicação do critério selecionado para o estabelecimento de uma relação de preferência entre os distintos estados do mundo de modo a justificar a decisão pela alternativa que conduza à consequência considerada desejável à luz do critério selecionado²³. Mais uma vez, ressalte-se como essas dimensões aparecem nas diferentes versões apresentadas da AIR. Quando são levadas a sério, ambas passam a exigir esforços adicionais de justificação, notadamente (i) a apresentação de dados e estudos técnicos para diferenciar prognoses confiáveis de meros exercícios especulativos dos decisores²⁴ e (ii) a participação dos afetados atual ou potencialmente por escolhas regulatórias. No primeiro caso, está em jogo a *justificação epistêmica* dos juízos de antecipação do futuro que informam a AIR; no segundo, a *transparência* e, no limite, a *legitimidade democrática* da escolha regulatória²⁵, que, por nem sempre se dar sob condições de certeza²⁶, demanda um mecanismo de oitiva dos afetados, como no caso das consultas e audiências públicas, que capture a sua vontade de compartilhar os riscos sobre os efeitos incertos de uma escolha regulatória. No que diz respeito à dimensão normativa, a preocupação com a avaliação das diferentes opções regulatórias é evidenciada pelos debates em torno dos objetivos que devem ser considerados na análise de impacto de opções regulatórias (econômicos, sociais, ambientais, culturais etc.) e dos esforços para compor eventuais tensões existentes entre eles.

Como se nota, os diferentes debates e propostas de refinamento que afetam a estrutura geral de tomada de decisão regulatória orientada na AIR passam necessariamente pelos elementos básicos de um raciocínio consequencialista. É a partir desse traço comum, portanto, que serão analisados os seis pontos de convergência (e as distinções específicas) inicialmente apresentados entre AIR e proporcionalidade. Esses são referenciais centrais para se explorar os limites e possibilidades comuns dos dois exames para a realização das suas vocações metodológicas.

2.2.1 Metodologias de decisão orientadas para o futuro

Se parece simples relacionar a Análise de Impacto Regulatório com a orientação de raciocínios consequencialistas, a conclusão não parece se extrair com a mesma facilidade quando se considera o papel desempenhado pela proporcionalidade em casos que envolvem princípios jurídicos em colisão. Como princípios são comumente considerados espécies normativas que compõem o material jurídico autoritativo preexistente à tomada de deci-

²³ LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 91.

²⁴ Para uma proposta de critérios jurídicos para o tratamento de prognoses relevantes para a decisão jurídica, v. LEISNER, Walter. **Die Prognose im Staatsrecht**. Zukunft in Vergegenwärtigung. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 19 ss.

²⁵ Sobre a distinção v. LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **Jota**, 16.jun.2015. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>.> Acesso em 06. nov.2019.

²⁶ KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The Riverside Press Cambridge, 1921.

são²⁷, seria possível afirmar que a sua aplicação pressuporia algum tipo de metodologia *retrospectiva* de justificação. Isso significaria que a proporcionalidade atuaria como uma estrutura de decisão orientada para o passado. Sendo assim, as aproximações estruturais entre ela e a AIR exigiriam esforços maiores de fundamentação.

Esse, porém, não é o caso. Uma maneira simples de aproximar os dois exames estaria em concebê-los como expressões de análises custo-benefício (ACB). Mas esse também não se mostra um caminho promissor, uma vez que pode reforçar reducionismos problemáticos. No caso da AIR, embora nos EUA ela tenda tradicionalmente a se operacionalizar por meio de uma análise custo-benefício²⁸, essa não é uma associação necessária²⁹. Em outros países, programas de aumento de qualidade da regulação não se limitam a uma análise orientada na *listagem, quantificação* e, sempre que possível, *monetização* dos custos e benefícios de diversas alternativas regulatórias³⁰ (uma análise focada, portanto, em *eficiência*, entendida como maximização do bem-estar), tal qual pressuposta por uma ACB³¹. É também possível encontrar em outras jurisdições considerações sobre a necessidade e a sua aptidão para a implementação de direitos sociais por meio de políticas públicas e outros elementos que contribuam para o reforço da legitimidade da própria AIR³². E esse não é um debate recente. Segundo Baldwin, a compreensão de que uma “boa regulação” envolve um *trade-off* entre eficiência e outros objetivos não econômicos (especialmente sociais) data dos anos setenta do século passado³³. No caso da proporcionalidade, assim como há quem a identifique com uma análise custo-benefício³⁴, há quem rejeite essa redução³⁵. Por esses motivos, a resposta mais imediata para aproximar os

²⁷ ALEXANDER, Larry. What are Principles, and Do They Exist?. **San Diego Legal Studies Paper**, [s.l.], n. 13-119, jun. 2013. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em 07.nov.2019.

²⁸ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**, 2. ed. Oxford: Oxford University press, 2013. p. 315-316. Para além da ACB, é possível também pensar em outras abordagens para orientar uma AIR, como a análise do custo-efetividade, a análise de risco, a análise risco-risco e a avaliação de custos. V. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 271 ss.

²⁹ J. Hertin et al identificam dois tipos básicos de metodologias de operacionalização da AIR: a análise custo-benefício e a avaliação de ônus administrativos (administrative burdens assessment). Além deles, algumas jurisdições específicas fazem referência a análises multicritério e análises de risco, como Hungria, Polónia e Irlanda. V. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**. [s.l.], v. 11, n 5-6, out. 2009. p. 417. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

³⁰ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. **George Mason Law Review**, [s.l.], v. 22, 2015, p. 576, 579. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068>> acesso em 07.nov.2019.

³¹ Nesse sentido, a a AIR poderia ser considerada como uma metodologia de decisão compatível com a análise econômica do direito. V. nessa linha MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 371.

³² RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, [s.l.], v. 12, n. 5, 2005, p. 939. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019. É correto, no entanto, que, mesmo nos EUA, a análise custo-benefício na qual se orienta a AIR se preocupa apenas com custos e benefícios monetizados. Embora utilizada anteriormente, a ACB se tornou, com o foco apresentado, um componente obrigatório do desenvolvimento de políticas regulatórias para agências executivas por meio da Executive Order 12.291, de 1981, durante o governo Reagan. Durante a Administração Clinton, porém, foi editada a Executive Order 12.866, de 1993, que alterou a atmosfera das análises por meio da problematização da ênfase em bem-estar e apontando a importância de considerações que não podem ser monetizadas. Ver. CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. **George Mason Law Review**, [s.l.], v. 22, 2015, p. 582. Críticas são dirigidas à ACB pelas dificuldades de se monetizar bens moralmente valiosos, como saúde, vida e o meio-ambiente. V. a respeito OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 261.

³³ BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. [s.l.]. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 260.

³⁴ V. CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle. Proportionality Principle, **NYU Law and Economics Research Paper**, [s.l.], n. 19-10; **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 19-32, 2019, p. 4. Em tom crítico à proporcionalidade, os autores consideram essencialmente que ela é “in fact no more than a crippled cost-benefit analysis that often fails to produce the same rational welfarist result as does a cost-benefit analysis not unnecessarily constrained by a sequential analytical structure”. V. também em favor dessa aproximação Habermas, ver HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1992, p.316. Com olhar crítico, PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**, [s.l.], Cambridge University Press, 2017, p.2.

³⁵ ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie.

tipos de raciocínios pressupostos pelos dois exames pode se revelar pouco frutífera. Em vez da simples identificação com uma análise custo-benefício, parece, portanto, ser menos controverso sustentar que, em um plano mais geral, a proporcionalidade pode ser considerada uma metodologia de decisão, assim como a AIR, orientada para o futuro. O fundamento para tanto, no caso da proporcionalidade, passa basicamente pelo reconhecimento (i) do caráter teleológico associado à natureza dos princípios (os seus objetos de aplicação) e (ii) dos ônus de argumentação estabelecidos por cada um dos seus exames.

Tomando a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy e seus seguidores como referência, o caráter teleológico dos princípios se extrai da sua associação com ideais³⁶. Liberdade de expressão, privacidade, moralidade administrativa e impessoalidade são exemplos de deveres abstratos imaginados desvinculados das possibilidades limitadas do mundo empírico e normativo³⁷. São estados de coisas vinculados a um ideal de realização, para voltarmos aos exemplos, das configurações da realidade que associamos à liberdade de expressão, à privacidade, à moralidade administrativa e à impessoalidade. Sua existência decorre de sua associação com normas cuja validade se pode extrair jurídica e, em determinados casos, também moralmente³⁸. Eles são, por isso, deveres ideais, que representam os objetos a serem otimizados expressados por princípios jurídicos³⁹. Nesse quadro, aplicar qualquer princípio jurídico em uma situação específica significa fundamentalmente definir, por meio da decisão que se toma *agora*, o meio que, num contexto real de limitações fáticas e normativas, contribuirá para o atingimento do ideal a ele associado. Em curtos meios, a decisão funciona como o *meio* ou a *ação* cujos efeitos miram o estado de coisas vinculado ao princípio como *fim*⁴⁰. Essa visão parece ser compartilhada mesmo por outras teorias sobre a natureza dos princípios jurídicos. Isso fica evidente na teoria de Ávila, quando ao conceito de princípio jurídico está associada a ideia de “promoção de um estado de coisas” e, por isso, a de normas *imediatamente finalísticas e primariamente prospectiva*⁴¹.

Se existe, portanto, uma relação do tipo conceitual entre princípios e finalidades, é possível sustentar que essas espécies normativas desempenham um duplo papel em processos jurídico-decisórios. Por um lado, eles expressam um ideal que funciona como norte para a justificação das decisões e ações que atuarão como meios para a sua promoção, enquanto, por outro, eles exigem uma forma específica de aplicação capaz de orientar a justificação do que é devido em casos concretos⁴². Nas teorias tanto de Alexy como de Ávila, a proporcionalidade é o instrumental metodológico exigido pela natureza dos princípios. No primeiro caso, em função da caracterização de princípios como comandos para serem otimizados⁴³; no segundo, porque ela estrutura a “aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”⁴⁴. Estabelecida essa relação, extrai-se a racionalidade teleológica pressuposta pela estrutura dos princípios e pela própria proporcionalidade⁴⁵. A teoria dos princípios, em outros meios, poderia ser caracterizada, mesmo em diferentes versões, como uma “teoria teleológica da fundamentação jurídica”⁴⁶. Essa fundamentação, por sua vez, organiza-se em torno dos exames de adequação e de necessidade, no plano da realização de princípios em colisão relativamente às possibilidades fáticas, e da proporcio-

Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 260-261.

³⁶ SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 78.

³⁷ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 23.

³⁸ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, p. 24.

³⁹ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985, Ver também: SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**, op. cit., p.78.

⁴⁰ SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990, p.78-79.

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.102.

⁴² LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014, p.202.

⁴³ Alexy afirma se extrair logicamente a estrutura da proporcionalidade do conceito de princípios como mandamentos de otimização, ver ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, op. cit., p. 100.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

⁴⁵ LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 203.

⁴⁶ HENSCHKE, Martin. **Teleologische Begründungen in der Juristischen Dogmatik**. Baden-Baden: Nomos, 1998, p.71.

nalidade em sentido estrito, no nível da realização de princípios colidentes relativamente às possibilidades jurídicas⁴⁷.

Tal caracterização aproxima a proporcionalidade da AIR como estruturas *prospectivas* de justificação. Ambas olham para frente, seja para justificar escolhas regulatórias que precisam ser feitas agora em função dos seus efeitos projetados no futuro (AIR), seja em função do seu papel para justificar a eleição, no presente, de certos meios para promover sem custos desproporcionais, também no futuro, objetivos constitucionais (princípios) em relação de tensão (proporcionalidade). As duas, na verdade, mesmo quando amparam juízos de revisão de escolhas de agentes públicos, o que, como visto, garante-lhes um papel retrospectivo relativamente ao *momento* de análise da escolha regulatória, continuam funcionando como instrumentos prospectivos de justificação, na medida em que, como instrumentos de *controle*, exigem, quando não se destinam especificamente à avaliação de escolhas implementadas com o objetivo de apreciar a sua aptidão, após determinado tempo, para a realização dos seus propósitos (em uma situação, por exemplo, de “avaliação de resultado regulatório”/*regulatory lookback*), raciocínios *contrafactuais* que permanecem orientados para o futuro. Isso quer dizer que, quando orientam revisões de escolhas já feitas, tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem almejar reconstruir a decisão pressupondo, como referenciais básicos para a crítica, uma ou mais *proposições condicionais* que se sustentam sobre considerações (i) a respeito dos efeitos que *poderiam* ter sido produzidos por outros meios não privilegiados ou (ii) sobre o tipo de justificação que deveria ter sido desenvolvida para sustentar a preferência (ou não) por determinado curso de ação ou decisão⁴⁸. No caso da AIR, a importância desse tipo de análise fica clara quando, por exemplo, as “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da Casa Civil indicam que “[u]ma boa ARR também deve levar em consideração, ao avaliar a eficiência, eficácia e efetividade de uma ação, *o que teria ocorrido no período analisado se nenhuma ação tivesse sido implementada*”⁴⁹.

Essas aproximações não querem dizer, contudo, que as duas estruturas pressuponham integralmente o mesmo tipo de raciocínio. É essa conclusão que, ao mesmo tempo, *diferencia* a AIR da proporcionalidade e possibilita, na exata extensão em que possam ser consideradas estruturas *complementares*, que ambas possam coexistir. Explica-se.

Como visto, enquanto a proporcionalidade é um instrumento metodológico voltado à justificação de raciocínios teleológicos, a AIR se preocupa com a organização e o incremento de racionalidade de raciocínios *consequencialistas*. Isso significa essencialmente que, enquanto a AIR se concentra nos *efeitos* que podem ser produzidos por um dado conjunto finito de alternativas – que funcionam como causas no raciocínio –, a proporcionalidade se volta para a justificativa das *causas* que podem produzir, como efeitos, a melhor composição entre fins previamente identificados em relação de tensão. Programas finalísticos, como aqueles que estão normativamente associados à estrutura de princípios jurídicos, pressupõem correspondências e

⁴⁷ LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden Baden: Nomos, 2014, p. 230 ss.

⁴⁸ COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, L. A.. Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects. In: ____ (eds.) **Causation and counterfactuals**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2004, p. 2. No caso específico de avaliações de resultado regulatório, o raciocínio contrafactual não é sempre devido, pois a ARR se destina prioritariamente, como etapa importante de um ciclo regulatório que deveria se iniciar com uma AIR, a apreciar *ex post* a efetividade da alternativa regulatória privilegiada inicialmente com base nos próprios indicadores de sucesso fixados no passado. De acordo com o “guia com diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório” da casa Civil, em alusão a posições da autoridade regulatória do Reino Unido, “há três principais perspectivas que podem ser adotadas numa ARR: (i) [a]valiação de processo: busca avaliar como a ação foi implementada, com foco nos meios e processos empregados e como eles contribuíram para o sucesso ou fracasso na obtenção dos objetivos esperados; (ii) [a]valiação de impacto: busca avaliar se a ação implementada de fato agiu sobre o problema identificado, quais impactos positivos ou negativos ela gerou, como eles se distribuíram entre os diferentes grupos e se houve impactos inesperados; (iii) [a]valiação econômica: busca avaliar se os benefícios gerados pela ação implementada superaram seus custos”. **V. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais** [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf> Acesso em 06.nov.2019, p. 90.

⁴⁹ Id., p. 90.

relações possíveis entre as ideias de meio e causa, de um lado, e de fim e efeito, de outro⁵⁰. É tal correspondência que possibilita a criação de referenciais comuns para a compreensão das diferenças estruturais entre raciocínios teleológicos e consequencialistas não comprometidos, respectivamente, com nenhum fim específico ou critério explícito de valoração. Esvaziadas substantivamente – não se deixando, portanto, confundir com teorias éticas sobre a justificação de ações⁵¹ – e limitados a formas gerais de organização do raciocínio⁵², as duas formas de estruturação de justificações se diferenciam basicamente pela ênfase em um ponto fixo de possíveis cadeias de meio/fim ou causa/efeito. Dada a dificuldade de trabalho, ao mesmo tempo, com a identificação de causas e efeitos e as valorações que afetam a sua seleção e consideração, reveste-se de valor heurístico *fixar* um dos referenciais: quando, de um lado, fixam-se as alternativas de decisão (ou causas) e o foco recai sobre os efeitos que elas podem vir a produzir, o raciocínio é considerado consequencialista; quando, ao contrário, fixam-se os efeitos que se quer produzir e o foco de análise recai sobre a busca das causas que podem realizá-los, o raciocínio é teleológico⁵³.

Feita a distinção, ainda que a operacionalização da AIR seja um tema controvertido tanto do ponto de vista descritivo (*i.e.* em relação àquilo que, *de fato*, a concretiza em diferentes ordens jurídicas) como normativo (*i.e.* em relação a como uma AIR *deveria* funcionar), é possível imaginar espaços de complementação entre AIR e proporcionalidade. Isso significa reconhecer que há momentos do exame da proporcionalidade que podem acomodar uma AIR, assim como etapas de uma AIR que poderiam se servir da estrutura do dever de proporcionalidade. Essas relações pressupõem o devido uso de uma das estruturas para a justificativa de análises pressupostas pela outra, e não apelos genéricos ou, no caso específico da proporcionalidade, o recurso a sentidos distintos que a palavra pode receber em nossa ordem jurídica. Esse é o caso, por exemplo, quando se defende a aplicação do “princípio da proporcionalidade” à AIR como sinônimo de “bom senso racional”⁵⁴. Nesse cenário, a referência à proporcionalidade não remete a um exame estruturado em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para a justificação de soluções para problemas decisórios que envolvem objetivos jurídicos colidentes relativamente a uma medida, mas uma evocação genérica de prudência para a consideração de custos e benefícios, que devem estar, em um sentido comum da expressão, em uma *relação proporcional*⁵⁵.

Excluído o sentido de proporcionalidade irrelevante para este trabalho, parece haver claro espaço para a utilização da proporcionalidade na AIR quando esta envolver objetivos jurídicos que, relativamente a diferentes alternativas regulatórias, podem estar em relação de tensão. Esse tipo de problema pode ser

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1999, p. 269.

⁵¹ No plano das teorias éticas sobre a correção de ações, não é raro que propostas consequencialistas e teleológicas sejam tratadas indistintamente. Uma formulação simples que justifica essa visão é a de que uma ética teleológica – em oposição a uma teoria deontológica – seria aquela que sustenta que a correção ou inadequação de uma ação depende (da avaliação) de suas consequências. Nesses termos, como afirma Spielthener, “teorias teleológicas são idênticas a propostas consequencialistas”. Mas mesmo no domínio da ética seria possível diferenciar as duas perspectivas. De um lado, teorias teleológicas se diferenciariam de teorias consequencialistas por pressuporem um (ou um conjunto de) fim(ns) ou propósito(s) para os quais a ação humana deveria estar direcionada. Ver SPIELTHENNER, Georg. Consequentialism or deontology?. *Philosophia*, [s.l.], v. 33, n. 1, 2005, p. 278. Tal distinção faz, estruturalmente falando, sentido à luz da distinção anteriormente apresentada, especialmente porque raciocínios teleológicos pressupõem a fixação de um fim como referência.

⁵² Nesse sentido, as duas estruturas apresentadas se afastam de teorias normativas como o utilitarismo, o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito. V. a respeito LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**, op. cit., p. 215-243.

⁵³ LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität**, op. cit., p. 53 e 55.

⁵⁴ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão n° 1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. p. 12. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em 06.nov.2019.

⁵⁵ SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão n° 1436, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. p. 12 e 16. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em 06.nov.2019. Ver também: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 261. Os autores observam que a força tarefa para melhor regulação do Reino Unido, criada em 1997, indica a proporcionalidade como princípio a ser considerado para a edição de uma boa regulação.

identificado na estrutura consequencialista típica da AIR quando diferentes alternativas são consideradas e os seus efeitos podem ser avaliados positiva ou negativamente em função de *diferentes* critérios de valoração aplicáveis. Em outras palavras, a proporcionalidade se revela útil para lidar com um problema da dimensão *normativa* da AIR, especialmente quando a monetização dos custos e benefícios associados à promoção e à restrição de objetivos imbricados não se revela possível ou suficiente. Nessa hipótese, embora o nível da proporcionalidade em sentido estrito – no qual acontece a *ponderação* – desponte como o de utilidade mais evidente⁵⁶, nada parece impedir que os exames de adequação e de necessidade também possam ser aplicáveis para se aferir se a alternativa regulatória é, respectivamente, apta para promover a finalidade que deveria ser por ela visada (eficiência ou qualquer outro objetivo juridicamente relevante) e se não existe alguma outra opção (incluindo a de não regular) capaz de garantir benefícios idênticos para a promoção do objetivo que deveria orientar a escolha regulatória, mas que restrinja menos a realização de outros objetivos juridicamente relevantes⁵⁷.

Da mesma forma, no outro lado da moeda, nada parece igualmente excluir a utilidade da AIR para a operacionalização da proporcionalidade. Se o que está em jogo, para recorrermos novamente ao artigo 5º da lei 13.874/19, é a discussão sobre a constitucionalidade de um ato normativo “de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados” cuja promulgação institui uma opção regulatória que implica restrições em objetivos constitucionais importantes, como a livre-iniciativa ou a livre-concorrência, especialmente os exames de adequação e de necessidade – por dizerem respeito à otimização de princípios relativamente às possibilidades fáticas – poderiam ser operacionalizados por meio de uma AIR. Nesse caso, a AIR atuaria, como expressão da operacionalização do dever constitucional de *eficiência*, como reforço de justificação *por dentro* da realização do exame de proporcionalidade⁵⁸.

2.2.2 Aplicabilidade e relações com problemas normativos

Se é correto que AIR e proporcionalidade podem, como instrumentos metodológicos orientados para o futuro, ser aplicadas como estruturas complementares de justificação, isso não significa que essa relação de complementariedade faça sempre sentido. Na seção anterior foram exploradas as relações de composição entre os dois exames a partir de sua utilidade para lidar com problemas de decisão regulatória que passam estruturalmente, no todo ou em parte, pela superação de colisões entre objetivos jurídicos – normativamente considerados, seguindo a concepção de Robert Alexy⁵⁹, expressões de *princípios*. Esse precisa ser o caso, já que a localização de relações de tensão entre princípios relativamente a uma medida é pressuposta para a incidência da regra da proporcionalidade⁶⁰.

⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 370, nota 1204.

⁵⁷ É bastante questionável, na verdade, se os exames de adequação e de necessidade não estariam necessariamente embutidos em uma AIR. O documento “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para a elaboração de Análise de Impacto Regulatório” elaborado pela Casa Civil da Presidência da República em conjunto com outras instituições, por exemplo, prevê a consideração, ainda que de forma implícita, da adequação e da necessidade de alternativas regulatórias para a promoção da “missão e das diretrizes institucionais” do agente regulador (p. 45) e para a aferição da justificativa da escolha regulatória em face de alternativas normativas e não normativas, incluída a possibilidade de não regulação. V. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais** [et al.]. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerai%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf.> Acesso em 06.nov.2019.

⁵⁸ Sobre esse tema v. LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 15, 2008 e ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>>. Acesso em 06.nov.2019

⁵⁹ ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995, p.257.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, op. cit., p. 100, nota 84.

Essa constatação é central para a separação de espaços em que a AIR pode ser exigida sem que a aplicação da proporcionalidade seja justificável. Reduzida a uma análise custo-benefício, como nos EUA, ou desenvolvida sem que existam objetivos jurídicos em relação de tensão capazes de afetar a valoração de diferentes alternativas regulatórias, a AIR, em si, envolve apenas *indiretamente* a aplicação de normas jurídicas. No máximo, ela diz respeito a uma relação normativa *unidirecional*. Isso ocorre porque o desenvolvimento da AIR já seria uma maneira de concretização ou promoção, no primeiro caso, de uma leitura econômica do dever de eficiência⁶¹ ou de qualquer outro objetivo mediato buscado por meio de sua realização, como transparência, racionalidade, *accountability* e controle da discricionariedade. No segundo caso, ela desempenharia o mesmo papel para um único objetivo visado, como a livre-concorrência, a defesa do consumidor, o desenvolvimento ou o acesso à educação. Diferentemente, a aplicação da proporcionalidade envolve necessariamente a superação de um problema *imediatamente jurídico* de decisão por definição, na medida em que se destina a compor normas jurídicas (princípios) concretamente colidentes. Na leitura mais evidente dessa aplicabilidade, a proporcionalidade atua como roteiro de justificação da *profundidade* – e, assim, da constitucionalidade – de escolhas regulatórias, uma vez que se voltaria à organização das razões capazes de sustentar a necessidade da regulação tendo em vista as restrições causadas à livre-iniciativa⁶².

Mesmo, porém, em situações específicas em que se constatem princípios em colisão, pode ser igualmente injustificável o recurso a uma AIR. Esse é evidentemente o caso quando direitos fundamentais cuja realização não afetam o interesse de agentes econômicos enquanto tais, de usuários de serviços públicos ou o meio-ambiente – situações que exigiriam AIR⁶³ – estão em conflito. Fora do universo do que se possa definir como “regulação”, o exame de proporcionalidade pode ser desenvolvido sem os ganhos adicionais que possam advir da aplicação da AIR, mesmo que se considere que a proporcionalidade envolva uma espécie de análise custo-benefício. Um conflito entre atores privados que coloque em relação de tensão o exercício do direito de liberdade de expressão e a devida tutela da privacidade não é, por exemplo, necessariamente um problema regulatório. Harmonizar os objetivos em tensão, da mesma forma, não parece, salvo em sentido meramente figurado, envolver uma análise custo-benefício. Por esse motivo, esse tipo de problema não exige uma AIR, embora a justificação da resposta privilegiada no caso concreto idealmente dependa da aplicação da regra da proporcionalidade e de seus três sub-deveres.

2.2.3 Aplicáveis por quem e em que momentos?

Como instrumentos metodológicos que estabelecem procedimentos de justificação, tanto AIR como proporcionalidade se aproximam na medida em que ambos erguem a pretensão de serem ortogonais em relação a (i) distintos arranjos institucionais e (ii) diferentes teorias normativas sobre regulação, o papel dos direitos fundamentais no constitucionalismo e o comportamento esperado de tomadores de decisão. Isso significa que a sua utilidade para a justificação de decisões se extrai de sua pretensão de *neutralidade* em relação a esses elementos, o que as torna, por um lado, compatíveis com diversas teorias normativas e facilmente acomodáveis em diferentes modelos de governança, mas, ao mesmo tempo, muito sensíveis a essas variáveis. Tal pretensão de neutralidade se deixa captar pela caracterização da AIR e da proporcionalidade como procedimentos lineares organizados em uma sequência de etapas analíticas preenchidas por julgamentos técnicos que conduzem a resultados racionais.

Uma consequência dessa afirmada neutralidade está na possibilidade de vincular os dois instrumentos a *propósitos* distintos em torno dos quais teorias normativas são desenvolvidas para inspirar modelos de

⁶¹ Sobre o papel da AIR para, via ACB, promover eficiência econômica v. SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. *Harvard Environmental Law Review*, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446.

⁶² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, 2006, p. 10.

⁶³ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 279.

governança institucional. A AIR, por exemplo, pode estar a serviço prioritário de valores como eficiência, igualdade ou reforço de uma comunidade deliberativa, conforme ela esteja relacionada, respectivamente, a propostas normativas orientadas (i) em elementos de teoria da escolha racional preocupadas com o *controle* político da burocracia (notadamente a partir da dinâmica principal-agente), (ii) na produção de oportunidades *iguais* para grupos de pressão participarem do processo de formação da vontade regulatória ou (iii) na permeabilidade para a participação *direta* de grupos de interesse público, organizações da sociedade civil e cidadãos individualmente⁶⁴. Da mesma forma, a proporcionalidade pode ser reconduzida a propósitos diferentes, como a *legitimidade* do controle judicial de escolhas públicas feitas por agentes democraticamente eleitos ou o *controle da discricionariedade* de agentes públicos cujas decisões podem implicar restrições a direitos. Além disso, essa sensibilidade, que, ao mesmo tempo, pressupõe e implica ductibilidade, justifica as diferentes versões que AIR e proporcionalidade, como visto, recebem em diferentes realidades quando o que está em jogo é identificar as fases e os ônus de argumentação que devem ser superados nos seus respectivos processos de aplicação.

Os efeitos dessa anunciada neutralidade dos dois procedimentos analíticos de justificação não se fazem presentes, porém, apenas na compatibilidade da AIR e da proporcionalidade com diferentes propósitos e na estruturação de diferentes roteiros de argumentação para operacionaliza-los. Ao contrário, eles também afetam a sua possível utilidade para auxiliar prioritariamente o trabalho de diferentes instituições e em momentos distintos de análise de escolhas públicas. E essa parece ser uma distinção central entre os dois métodos.

Embora não haja nenhum óbice conceitual à aplicação da proporcionalidade pelos órgãos do Executivo e do Legislativo, sua estrutura está comumente associada à *revisão judicial* de decisões desses dois poderes. A proporcionalidade, nesse sentido, volta-se prioritariamente ao *controle ex post* de leis e atos normativos emanados do Parlamento e da Administração, notadamente daqueles que implicam restrições a objetivos juridicamente relevantes em nome da promoção de outros objetivos de mesma natureza. Com esse propósito – e especial foco no controle de decisões que restrinjam direitos fundamentais – ela foi desenvolvida pela jurisprudência de um tribunal – mais especificamente, do Tribunal Constitucional Federal alemão⁶⁵. E, com essas mesmas características, o exame de proporcionalidade organizado nas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito se espalhou pelos principais sistemas de justiça constitucional do mundo⁶⁶.

É certo que a caracterização da proporcionalidade como um instrumento de controle judicial *ex post* não pressupõe (i) que outros poderes não façam “ponderações” e (ii) que eles não devam se orientar nos percursos de justificação da proporcionalidade para justificar as suas escolhas. Isso porque, não estando a proporcionalidade tradicionalmente associada a uma doutrina de deferência judicial (ao contrário de outros testes, como o de razoabilidade desenvolvida na Inglaterra no modelo *Wednesbury* ou o de “*rational basis*”, nos EUA⁶⁷), a possibilidade futura de uma revisão criteriosa por parte de um juízo ou tribunal deveria funcionar como um incentivo para que o legislador e o administrador *antecipassem*, já no momento de criação normativa, a análise da proporcionalidade de suas escolhas à luz das mesmas bases rigorosas a serem empregadas pelo Judiciário. A apresentação de justificativas detalhadas sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida não só facilitariam a identificação dos eventuais pontos de divergência entre as alegações de proporcionalidade e desproporcionalidade em um problema específico, como atuaria (i) redistribuindo ônus de prova (transmitindo-os claramente para quem defendesse a imprecisão dos exames feitos no Legislativo ou na Administração) e (ii) aumentando os ônus de argumentação para a sustentação, pelo Judiciário, da invalidade da escolha.

⁶⁴ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 286.

⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 91, 2002, p. 30.

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

⁶⁷ STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 47, 2008, p. 79.

No caso da AIR, seu papel está mais associado nas diferentes realidades que a aplicam a um escrutínio pré-legislativo da produção de normas regulatórias ou à avaliação dos efeitos esperados de decisões regulatórias da Administração a serem tomadas ou já em curso⁶⁸. Como se nota, ao contrário da proporcionalidade, o procedimento administrativo previsto por uma AIR se localiza tradicionalmente *antes* da formação da vontade regulatória ou durante o *monitoramento* de escolhas já implementadas. Nesse último caso, a AIR funcionaria, como destacado no guia de avaliação de impacto do Reino Unido, como um “documento vivo”, que precisa ser revisado diversas vezes quando informações sobre a determinação de custos e benefícios se tornarem mais claras⁶⁹. Além disso, ela não é concebida para conduzir a atividade judicial. No caso brasileiro, os artigos 5º e 6º, respectivamente, das leis 13.874/19 e 13.848/19, preveem a obrigatoriedade da AIR *apenas* para entidades da Administração Pública e *antes* da edição e alteração de atos normativos⁷⁰.

As vocações *ex ante* e não judicial da AIR não implicam, contudo, que ela não possa ser reaberta em uma discussão judicial ou, no limite, que ela seja desenvolvida inicialmente no âmbito de um processo judicial. Devido à inafastabilidade do controle judicial, as bases racionais apresentadas para uma escolha regulatória após uma AIR podem ser, quando controvertidas, discutidas em juízo. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há divergências técnicas localizadas na dimensão positiva do raciocínio consequencialista. Este pode ser o caso (i) quando prognoses baseadas em estudos desenvolvidos por especialistas distintos voltados à antecipação dos efeitos de alternativas regulatórias ainda não implementadas levam a resultados diferentes ou (ii) quando, durante o monitoramento de uma medida regulatória, for judicializada uma discussão a respeito da viabilidade de sua manutenção. Da mesma forma, se é correto que a AIR pode instrumentalizar um exame de proporcionalidade, nada impede que, por exemplo, no âmbito do exame de necessidade seja feita uma análise de impacto de uma medida regulatória M para se aferir se não exista alternativa que promova a finalidade regulatória por ela visada com a mesma intensidade de M, mas que restrinja menos a livre-iniciativa. Nas duas hipóteses, a AIR pode desempenhar um papel central na justificação de decisões judiciais, ainda que diga respeito a problemas distintos. No primeiro caso, o que está em jogo é uma discussão *interna* em torno da sustentação técnica, a partir de uma análise já proposta, de uma escolha regulatória; no segundo, a sua *validade* em razão da imbricação de objetivos constitucionais.

2.2.4 Controle judicial e compatibilidade com modelos de deferência a escolhas técnicas

2.2.4.1 Dois problemas

Como roteiros metodológicos, tanto a AIR como a proporcionalidade podem ser úteis tanto para conduzir a formação da vontade regulatória, como para a sua revisão. Nesse último caso, ambas funcionam como mecanismos *ex post* de controle de decisões legislativas ou administrativas. Nesse contexto, surge como problema relevante até que ponto, quando outras instituições são chamadas a rever decisões de outras instituições, essas ferramentas são compatíveis com modelos de deferência. Esse é um tema comumente colocado para defensores da AIR e da proporcionalidade. No limite, ele coloca em xeque a compatibilidade do emprego desses instrumentos por certas instituições com a separação de poderes.

⁶⁸ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 280.

⁶⁹ OECD. **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2009, p. 25. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page18>. Acesso em: 07.nov.2019, fazendo referência explícita ao UK Impact Assessment Guide. Tradução livre.

⁷⁰ Deve-se destacar, sem embargo, a existência de propostas de inclusão da necessidade de análise de impacto legislativo nos próprios processos de criação normativa no Parlamento. V., por exemplo, o Projeto de Resolução nº 301, de 2018, da Câmara dos Deputados, que visa à inclusão de capítulo específico no seu Regimento Interno sobre a “avaliação de impacto e controle da produção legislativa”. V. também sobre o assunto, ANDRADE, Aparecida de Moura e SANTANDA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 781-798, e SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

Esse desafio comum compartilhado pela AIR e pela proporcionalidade se coloca em dois planos diferentes. No primeiro, a possível tensão se coloca quando se discute se determinada instituição pode rever (com o apoio desses instrumentos metodológicos ou não) escolhas de outros poderes. Esses não são problemas de racionalidade dos modelos, mas de *legitimidade* da atuação das instituições que deles podem se servir. Isso ocorre quando se discute se o Judiciário pode invalidar decisões legislativas ou substituí-las por medidas que julgue mais apropriadas com base em um exame de proporcionalidade (especialmente no nível da proporcionalidade em sentido estrito)⁷¹. O mesmo se dá quando se debate se o controle de escolhas regulatórias amparado em AIR exercido nos EUA pela *Office of Management and Budget* (OMB), vinculada à Presidência da República, viola a arquitetura institucional daquele país, que pressupõe delegação de poderes para a implementação de escolhas regulatórias às agências, e não à Casa Branca⁷².

Embora associados ao manejo e à utilidade da proporcionalidade e da AIR para o exercício de tarefas de controle não facilmente acomodáveis em um regime de separação de poderes, os problemas de legitimidade mencionados não precisam ser enfrentados *necessariamente* a partir do papel que esses instrumentos metodológicos podem desempenhar para a justificação de decisões. Por esse motivo, o segundo plano de tensões entre, de um lado, proporcionalidade e AIR e, de outro, a separação de poderes merece maior atenção dentro da proposta deste trabalho. Como anunciado, a questão relevante neste ponto é saber se os dois procedimentos, por razões estruturais, inclinam naturalmente a atividade de controle *judicial* para a *revisão* de decisões de outras instituições (ou, pelo menos, não impõem ônus de argumentação elevados para justificar a revisão), ou se ambos são capazes de justificar também opções de deferência.

2.2.4.2 Deferência e discricionariedade epistêmica

No caso da proporcionalidade, esse é um dilema já mapeado. Críticos e defensores da ponderação desenvolvem argumentos para sustentar a compatibilidade, ou não, dos exames de adequação, necessidade e, especialmente, de proporcionalidade em sentido estrito com o respeito a margens de conformação legislativas. Para tornar uma longa história curta, se é verdade que o modelo de ponderação leva a juízos arbitrários e irrefletidos⁷³, não havendo controle possível dos juízos de valor empreendidos durante o seu processo de aplicação, o uso indiscriminado da proporcionalidade poderia, no limite, levar à onipotência judicial. Nesse cenário de ceticismo a respeito da racionalidade da proporcionalidade, o legislador perderia a sua autonomia, na medida em que juízes poderiam, sempre que julgassem adequado, rever as suas decisões com base no que eles entendessem ser a composição ótima entre princípios colidentes. O trabalho legislativo – e também da Administração – estaria sempre sujeito à aprovação *ex post* em um teste de proporcionalidade desenvolvido no Judiciário, sem que se reconheçam espaços para discricionariedade. Isso porque, após um exame judicial

⁷¹ Neste caso, o principal problema de legitimidade levantado está associado a uma suposta falta de racionalidade da ponderação (que ocorre no plano da proporcionalidade em sentido estrito), o que possibilitaria a revisão judicial de escolhas legislativas ou administrativas com base em julgamentos subjetivos. O problema da legitimidade seria, portanto, um problema de racionalidade. Defensores da ponderação insistem em sua racionalidade, especialmente pelo refinamento de sua estrutura. Ver sobre o debate em: STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, [s.l.], v. 47, 2008, p. 83-85. ALEXY, Robert. Posfácio. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

⁷² Aqui, a violação à separação de poderes decorreria de um desequilíbrio nas relações entre o Congresso e a Presidência da República, que teria nas mãos as chaves para controlar o processo decisório regulatório. Essa concentração aumentaria a centralização e a politização da criação e implementação de escolhas regulatórias, “*exasperando os efeitos negativos sobre a governança democrática subjacente à dicotomia política/administração*” RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.290. Defensores da revisão centralizada na presidência não é necessariamente um problema para a separação de poderes, dado que o Presidente precisa ter algum espaço para controle de decisões das agências para avançar as suas propostas políticas. V. DEMUTH, Christopher C.; GINSBURG, Douglas H. White House review of Agency Rulemaking. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 99, n. 5, p. 1075-1088, 1985.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992, p. 316.

de proporcionalidade, ou a decisão legislativa/administrativa seria válida porque reconhecidamente otimizaria princípios em colisão, ou inválida pela constatação de ela não produzir esse resultado.⁷⁴ O que deveria funcionar no Judiciário como processo de *aplicação* do direito, acaba sendo apresentado, na prática judicial, como fruto de *cognição*, o que elimina qualquer margem para escolhas de outras instituições⁷⁵.

Essas margens de discricionariedade podem estar relacionadas a diferentes sentidos. Por um lado, o que pode estar em jogo é o reconhecimento de margens de conformação *estruturais*. Elas existem quando, do ponto de vista do sistema normativo vigente, é possível identificar espaços entre aquilo que o constituinte exigiu ou proibiu⁷⁶. Em uma outra formulação, existe discricionariedade estrutural quando a decisão legislativa ou administrativa diz respeito àquilo que não está expressamente proibido ou obrigado pelo direito. Nessa zona, as escolhas podem ser feitas e o Judiciário deveria respeitá-las. Controvertido, portanto, é se a proporcionalidade, quando operacionalizada para a revisão judicial de escolhas de outros poderes, é capaz de levar ao reconhecimento desses espaços de escolha⁷⁷.

A existência de margens de conformação estruturais, porém, não é um problema central para a discussão sobre a compatibilidade da revisão judicial de decisões legislativas ou administrativas sustentadas sobre AIRs com deferência. Mais útil para aproximar os dilemas da compatibilidade entre deferência, AIR e proporcionalidade é, na verdade, explorar até que ponto tanto a proporcionalidade quanto a AIR podem conduzir ao reconhecimento de margens de discricionariedade *epistêmica*. Elas são de especial relevo quando o que se discute é o controle judicial das prognoses capazes de informar tanto as análises prospectivas relacionadas à proporcionalidade, como as relacionadas à AIR. Nesse caso, a discricionariedade técnica relevante é a que diz respeito ao conhecimento *empírico*.

De fato, instrumentos metodológicos que erguem a pretensão de conduzir processos decisórios orientados para o futuro dependem, porque envolvem uma dimensão positiva, da confiabilidade de afirmações sobre os efeitos esperados de alternativas de decisão. E o conhecimento das possíveis conformações da realidade pode depender de estudos técnicos amparados em análises econométricas, em métodos aplicados nas ciências sociais ou no estado de evolução do conhecimento científico disponível em áreas determinadas, como a medicina ou a engenharia. Por esse motivo, raramente a formação jurídica tradicional terá algo a dizer sobre a confiabilidade das prognoses desenvolvidas na dimensão positiva de raciocínios consequencialistas. O mesmo, a propósito, também vale para a sustentação de relações de causalidade ou correlação em raciocínios teleológicos. Dadas essas limitações, é possível desconfiar *a priori* das credenciais epistêmicas dos juízes para apreciar a validade das prognoses que lhes são apresentadas ou para buscar, eles mesmos, as informações necessárias para determinar qual é a alternativa de decisão mais apropriada para lidar com um determinado desafio regulatório.

No âmbito da proporcionalidade, Alexy reconhece que “os exames da adequação e da necessidade dizem respeito a uma relação meio-fim, cuja avaliação frequentemente suscita difíceis problemas de prognósticos”⁷⁸. Além disso, a própria proporcionalidade em sentido estrito, se operacionalizada pela fórmula do peso⁷⁹, também coloca desafios cognitivos severos a juízes, notadamente no desenvolvimento das

⁷⁴ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, [s.l.], 2012, p. 168-169.

⁷⁵ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, [s.l.], 2012, p. 171.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Posfácio. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 584.

⁷⁷ Na teoria dos princípios, o reconhecimento de margens de conformação estruturais é descrito como o produto de uma encruzilhada ou impasse (*stalemate*) ao final do processo argumentativo conduzido pela fórmula do peso. Isso ocorre quando os graus de promoção e restrição dos princípios em colisão se equivalem. Na linguagem da fórmula do peso, isso ocorre quando a fração que representa tal análise leva ao resultado 1. V. ALEXY, Robert. Posfácio. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. op. cit., p. 606-609.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Posfácio. In: _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. op. cit., p. 591.

⁷⁹ A fórmula do peso (*Gewichtsförmel*) é a expressão de um esquema de justificação que ergue a pretensão de estruturar a argumen-

cadeias de argumentação envolvidas na consideração da confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a promoção e a restrição dos princípios em colisão (a terceira fração da fórmula). Como já dito, nessa etapa da ponderação existe uma tendência “a aumentar perigosamente os níveis de incerteza de processos decisórios reais, na medida em que a solução de uma questão jurídica pode exigir conhecimentos extrajurídicos, cuja validade ou confiabilidade estão sujeitas aos critérios fixados pela ciência para a atribuição de predicados como ‘seguro’, ‘plausível/defensável’ ou ‘não evidentemente falso’, exatamente os parâmetros de valoração sugeridos pela fórmula para a operacionalização da fração S_i/S_j ”⁸⁰. Lidar com esse risco depende do estabelecimento de regras *procedimentais* que permitam transições estáveis das incertezas da ciência para o direito ou de um modelo de *deferência*, pois, “quando isso não é feito (...) coloca-se (...) 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”⁸¹.

No caso de revisão judicial de escolhas regulatórias baseadas em prévias AIRs, não há motivo para se desconfiar de que problemas semelhantes possam ocorrer. É verdade, antes de tudo, que AIR e proporcionalidade se diferenciam por exercerem papéis diferentes nos processos de justificação de eventuais revisões de escolhas regulatórias. Isso porque, enquanto a AIR não é desenvolvida por excelência no Poder Judiciário, que pode ser chamado a invalidá-la em razão da sua inconsistência técnica, o exame de proporcionalidade é, não raro, iniciado pelo próprio órgão jurisdicional, que pode se colocar na situação de ter que, no controle de constitucionalidade, ativamente buscar as informações técnicas para sustentar os seus juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Essa necessidade inspira no caso brasileiro, por exemplo, a convocação de audiências públicas para a oitiva de especialistas sobre determinado tema para compensar eventuais déficits epistêmicos dos ministros do STF⁸². Independentemente dessa distinção, contudo, nos dois exames os problemas centrais podem se resumir a *se* juízes devem escrutinar as razões apresentadas em favor de uma decisão tomada por outra instituição (notadamente uma decisão regulatória) e *como* eles deveriam lidar com informações técnicas – não raro em relação de conflito – para tomar uma decisão a respeito da necessidade de manutenção ou revisão de uma escolha anterior feita pelo Legislativo ou pelo Executivo.

A justificativa da centralidade dos problemas envolvendo discricionariedade epistêmica para a aproximação entre AIR e proporcionalidade, porém, exige que se dê alguns passos atrás. Pensando especificamente na realidade norte-americana do controle judicial de escolhas regulatórias, considerações sobre a AIR e a ACB que deveria operacionalizá-la são relevantes em *três* contextos distintos. No primeiro, o Judiciário é instado a se manifestar a respeito do próprio emprego de uma AIR para a edição de uma nova regulação. Isso porque regras vigentes podem obrigar a realização de uma AIR (como no caso brasileiro após a promulgação,

tação em torno da orientação sugerida pela lei de sopesamento. De acordo com a referida lei “quanto maior o grau de não realização ou restrição de um princípio, maior deve ser a importância de realização do outro”. Cf. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli, P. Kreuzt und D. Reuter (Org.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779, p. 772. A fórmula é composta por três frações que pretendem medir (i) o grau de restrição dos princípios em colisão (I_i/I_j), (ii) a relação entre os pesos abstratos dos princípios envolvidos (G_i/G_j) e (iii) a confiabilidade das premissas empíricas sobre o que a não implementação da medida sob consideração implica para a realização e não realização dos princípios imbricados (S_i/S_j). Cf. Alexy, Die Gewichtsformel, op. cit., p. 790. Esses fatores são avaliados por meio de uma escala triádica, de acordo com a qual os graus *leve*, *médio* e *grave* podem ser atribuídos a cada parte da fração. A expressão reduzida da fórmula, sendo $G_{i,j}$ o peso concreto de um princípio P_i relativamente a um princípio P_j , é:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

⁸⁰ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 201.

⁸¹ LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität*, op. cit., p. 202.

⁸² Este, na verdade, deveria ser o propósito por excelência das audiências. V. a respeito LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372.

por exemplo, da nova lei das agências), proibi-la ou serem silentes sobre a sua necessidade⁸³. Especialmente nessas áreas cinzentas, pode ser o caso de juízes terem que se manifestar a respeito da viabilidade de uma AIR e considerar se, em razão das complexidades do tema (em análise mais *estática*, focada no problema concreto) ou após a apreciação relativa de capacidades institucionais (em análise mais *dinâmica* preocupada com variáveis institucionais), os benefícios associados à sua exigência superam os custos de empreendê-la. Neste aspecto, o que está sob discussão é a adequação de uma postura de deferência nos casos em que juízes são chamados a eventualmente invalidar escolhas regulatórias quando não é certo se o direito exige ou não a AIR em determinada situação. No limite, o que se discute é se é justificável o reconhecimento de margens de discricionariedade para que agências possam decidir arbitrariamente⁸⁴. Este seria um problema de discricionariedade *estrutural* relacionado ao emprego do próprio método, algo que não se coloca como tema relevante em discussões acadêmicas ou jurisprudenciais em relação à proporcionalidade.

No segundo contexto, o Judiciário pode ser provocado a apreciar uma escolha regulatória que não se baseou nos estudos desenvolvidos pelos técnicos da própria agência reguladora. No pior cenário, pode ser que juízes tenham que apreciar a razoabilidade de uma escolha regulatória *contrária* à recomendação do seu corpo técnico. Ironicamente, o que está em jogo neste ponto, no limite, é a justificação de deferência judicial a uma decisão administrativa *não* deferente aos resultados obtidos pelo corpo técnico que desenvolveu uma AIR. Para colocar em outros termos, pode ser que o Judiciário seja chamado a recorrer a uma AIR desenvolvida na agência contra a sua própria decisão de não se basear nela⁸⁵. Há, nesses casos, uma apreciação *indireta* da AIR, orientada no seu caráter persuasivo à luz das evidências apresentadas favorável ou contrariamente à escolha regulatória derrotada pela decisão política final⁸⁶. Embora problema semelhante já tenha sido apreciado entre nós – ainda que centrado na apreciação da deferência, ou não, pelo Tribunal de Contas da União aos pareceres do seu próprio corpo técnico⁸⁷ –, nada parecido se coloca em relação à aplicação da proporcionalidade.

No terceiro caso, finalmente, juízes podem ser chamados a rever a adequação da própria AIR feita em âmbito legislativo ou executivo⁸⁸. Neste plano se coloca o problema por excelência da compatibilidade entre revisão judicial e separação de poderes e, nesse dilema, o papel desempenhado por certos instrumentos metodológicos, como AIR e proporcionalidade, para justificar posturas judiciais menos deferentes a decisões de outras instituições.

Seria intuitivamente possível afirmar que o referido problema afetaria mais as relações entre proporcionalidade e separação de poderes do que entre esta e a AIR. Isso porque, como já mencionado, enquanto a proporcionalidade é quase sempre desenvolvida pela primeira vez durante o processo de revisão judicial, a AIR que é levada à apreciação judicial é com frequência produto de um processo de justificação iniciado fora do Judiciário. Uma consequência relevante deste fato que eleva os potenciais déficits de legitimidade do manejo judicial da proporcionalidade é a percepção judicial de que há menos limites para, após a realização do teste de proporcionalidade, a *substituição* da escolha legislativa ou executiva por outra⁸⁹, ao passo que o efeito natural associado à invalidação de uma AIR é simplesmente o retorno ao *satus quo ante*⁹⁰.

⁸³ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 584 e ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁸⁴ .SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. *Harvard Environmental Law Review*. [s.l.], v. 41, 2017, p.3. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> >. Acesso em 07.nov.2019.

⁸⁵ V. CECOT, Caroline; VISCUSI, W. Kip. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2014, p. 603 e ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁸⁶ CECOT, Caroline; VISCUSI, W. Kip. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2014, p. 603. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁸⁷ V. Jordão et al. **Os números do controle do Tribunal de Contas da União sobre as contas das agências reguladoras**. No prelo.

⁸⁸ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 589 ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁸⁹ STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, [s.l.], v. 47, 2008, p. 83-85.

⁹⁰ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22,

Há, no entanto, razões para desconfiar dessa hipótese. Após a análise de uma amostra de trinta e oito casos em que cortes federais dos EUA revisaram uma ACB desenvolvida por uma agência, Cecot e Viscusi concluíram que, em cerca de quarenta por cento dos casos, a corte criticou ao menos alguma parte da análise, apontando erros às vezes até de maneira agressiva⁹¹. Esse tipo de achado empírico revela como é possível juízes se sentirem à vontade para revisar, mesmo diante de uma AIR previamente realizada, juízos técnicos feitos por órgãos que, ao menos do ponto de vista do desenho institucional, deveriam ser considerados como detentores de maiores capacidades para projetar custos e efeitos de alternativas regulatórias. Por esse motivo, parece justificado por que o reconhecimento de discricionariedade epistêmica é o principal tema que aproxima tanto as revisões judiciais de prévias AIRs como as que se estruturam em torno dos exames de proporcionalidade. Assim, se fazem sentido as críticas direcionadas à proporcionalidade, nada leva a crer que as mesmas objeções possam ser levantadas à atividade judicial de crítica *interna* a uma AIR.

Nos EUA, apesar do percentual elevado de revisão apresentado, juízos e tribunais parecem cientes do problema. O padrão básico de escrutínio aplicado destina-se a apreciar se a decisão da agência é arbitrária ou caprichosa. Tal standard recomendaria deferência quando agências fossem capazes de mostrar que as suas previsões são feitas com base nas evidências técnicas e científicas disponíveis⁹². Isso não significa, porém, que, em certas circunstâncias, o escrutínio não seja rigoroso. Sunstein, por exemplo, argumenta que, enquanto a Suprema Corte, ainda que esporadicamente se movimenta para além de uma postura minimalista na intensidade do controle de decisões regulatórias, tenda a ser mais deferente a escolhas do Executivo, a corte de apelação do distrito de Columbia tenda a ser bem mais exigente, chegando perto de abraçar uma visão maximalista⁹³. A análise qualitativa de Cecot e Viscusi, por sua vez, indica que há pelo menos três tipos de falhas que podem derrubar uma decisão regulatória baseada em uma ACB: quando o escopo da análise é inadequado (frequentemente associado à desconsideração pela agência de importante aspecto do problema, incluindo aqueles exigidos por lei); quando a metodologia empregada na análise ou suas suposições desafiam evidências científicas; e quando a agência não divulga as suposições ou metodologia da análise para partes interessadas⁹⁴, o que pode restringir a participação ou consideração de interesses de agentes afetados, atual ou potencialmente, pela decisão regulatória.

É claro que, nesses universos, excetuado o terceiro tipo de problema, que envolve considerações procedimentais relacionadas à *transparência* da própria análise, há diversas brechas para controles substantivos mais profundos. Antes de tudo, *standards* de controle substantivos podem ser calibrados em função simplesmente de diferentes visões que juízes, legisladores e administradores possam ter a respeito dos padrões que uma boa regulação deveria observar e, em razão disso, que tipo de informação e com que qualidade elas deveriam ser produzidas e apresentadas em uma AIR⁹⁵. Além disso, reduzindo o foco ao que foi enunciado, *o que é* um aspecto importante do problema ou *o que significa* desafiar evidências técnicas ou métodos considerados científicos são perguntas que podem ser respondidas de distintas maneiras. E aqui, assim como nas discussões a respeito de como “preencher” os percursos de argumentação postos pelo exame de proporcionalidade (incluídos os roteiros condensados na fórmula do peso de Alexy), há os mesmos riscos de entrada de *junk science* em processos de revisão judicial de escolhas regulatórias⁹⁶ e de elevação de juízes à condição de

2015, p. 606. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁹¹ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 589. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁹² CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015p. 590. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁹³ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. *Harvard Environmental Law Review*, [s.l.], v. 41, 2017, p5-6.. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> >. Acesso em 07.nov.2019.

⁹⁴ CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. Judicial review of agency benefit-cost analysis. *George Mason Law Review*, [s.l.], v. 22, 2015, p. 592. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.

⁹⁵ V. a respeito das diversas visões a respeito BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁹⁶ V. HUBER, Peter. Junk Science in the Courtroom, *Valparaiso Law Review*, [s.l.], v 26, p. 723-155, 1992. Disponível em: < <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol26/iss3/4> > . Acesso em 07. Nov.2019.

árbitros despreparados de disputas científicas relacionadas a métodos e conhecimentos não propriamente jurídicos. Aparte as análises comparativas sobre virtudes e limites de juízes, legisladores, controladores e reguladores que deveriam inspirar análises sobre as capacidades institucionais *reais* de agentes públicos que podem ser chamados a decidir em espaços de indeterminação de competências⁹⁷, lidar com essas dificuldades dependeria da criação e da institucionalização estável no Judiciário de critérios mais precisos – especialmente de natureza procedimental – (i) para a apreciação da qualidade das AIRs, (ii) para a definição dos erros e incertezas acomodáveis pelo direito e (iii) para a aferição das credenciais de especialistas que podem concretamente divergir.

É certo, finalmente, que juízos mais criteriosos não estão necessariamente associados a posturas judiciais ativistas. Pode ser que uma explicação possível para o excesso de revisão judicial de escolhas regulatórias em um dado arranjo institucional esteja relacionado à *baixa qualidade* das AIRs desenvolvidas⁹⁸, e não necessariamente a uma inclinação generalizada de atuação mais invasiva por parte dos juízes ou à construção, pelo Judiciário, de parâmetros excessivamente exigentes para a aferição da razoabilidade de uma decisão legislativa ou executiva. Da mesma forma, invalidações frequentes orientadas na proporcionalidade podem expressar apenas a pouca atenção que legisladores e administradores dão às restrições que suas decisões implicam a direitos fundamentais. Apesar das críticas de que muito possibilitam para a expansão da subjetividade das cortes, a simples possibilidade de serem úteis para o aumento da qualidade das escolhas regulatórias torna a proporcionalidade e a AIR mecanismos úteis, em uma leitura mais otimista, para a melhoria da qualidade das decisões que podem ser levadas à revisão judicial.

2.2.5 Pretensão de neutralidade e politização

2.2.5.1 Localização dos problemas

Como antecipado, grande parte do apelo para a utilização e expansão da AIR e da proporcionalidade se extrai da associação dos procedimentos de justificação postos por cada um deles com epítetos como “racional”, “neutro”, “objetivo” e “científico”. Graças a essas relações, ambos não seriam permeáveis aos juízos políticos nem aos vieses das instituições que os desenvolve. Por esse motivo, nem a proporcionalidade nem a AIR poderiam ser instrumentalizados para a realização de preferências pessoais dos tomadores de decisão. Tampouco poderiam ser os dois afetados por erros de julgamento decorrentes de déficits cognitivos de reguladores, juízes, legisladores e controladores que deles se servem para orientar as suas decisões.

Críticos, no entanto, problematizam os potenciais dos dois instrumentos para, de fato, neutralizar vieses e impedir manipulações. Por trás das pretensões de neutralidade e racionalidade da AIR e da proporcionalidade haveria um otimismo ingênuo em relação aos potenciais, respectivamente, de *roteiros de argumentação jurídica* para orientar a justificação de juízos de valor⁹⁹ e da *ciência moderna* para, por meio de métodos ampla-

⁹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011. Disponível em: < <https://doi.org/10.17808/des.38.184>>. Acesso em 07.nov.2019.

⁹⁸ BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.269., por exemplo, afirma que, no Reino Unido, há claramente espaço para o aprimoramento da qualidade técnica da AIR. Na mesma linha, J. Hertin et al encontraram AIRs muito heterogêneas, algumas meramente protocolares, em análises de 22 procedimentos levados adiante na Dinamarca, Reino Unido, União Europeia, Holanda e Polónia. V. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. *Forest Policy and Economics*. [s.l.]. v. 11, n 5-6, out. 2009. p. 417. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019. Ellig, McLaughlin e Morrall III, olhando especificamente para a qualidade das AIRs desenvolvidas nos EUA, concluem que ela é, no geral, baixa. Cf. 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*, v.7, p. 153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

⁹⁹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C-*

mente aceitos na comunidade que os emprega, validar a produção de conhecimento objetivo¹⁰⁰. No fundo, os problemas da proporcionalidade se reconduziriam à confiança extrema que inspira os seus pressupostos normativos de controlabilidade de disputas sobre a realização de objetivos colidentes, enquanto os problemas da AIR se localizariam nas suas raízes epistemológicas tecnicistas.

O que há de comum entre as duas críticas é, no fundo, o ataque à crença de que é possível obter conhecimento a partir de uma sequência organizada de passos capazes de anular as expectativas e preferências de quem é chamado a aplicá-los. Mas não só isso, problematizam-se igualmente os pressupostos básicos de operacionalização desses procedimentos para que se possa assumir a sua aptidão para conduzir a resultados objetivos. Eles seriam dois: o recurso a *idealizações* e a evocação de um único *decisor de referência* para a sua aplicação¹⁰¹, que funcionariam como pontos para a aproximação entre “um mundo perfeito” e a realidade.

De fato, tanto proporcionalidade quanto AIR compartilham esses pressupostos. Quanto à proporcionalidade, ainda que os esforços de refinamento de Robert Alexy para a compreensão da sua estrutura não o levem a cair na armadilha de criação de um algoritmo de decisão que leve a resultados únicos¹⁰², permanece, nas fronteiras da teoria, a esperança de que procedimentos sistematizados de justificação, como a fórmula do peso, sejam capazes de identificar o tipo e a forma das premissas consideradas necessárias para justificar o resultado de uma colisão de princípios de uma maneira tal que não seja, ela mesma, permeável a subjetividade¹⁰³. As idealizações, por sua vez, aparecem quando se destaca o trabalho de elaboração intelectual que orienta a aplicação dos seus exames. Embora reconhecida como uma estrutura de justificação derivada da prática do tribunal constitucional federal alemão, a elaboração da sua estrutura pela teoria e a sua proposta de retornar essa “estrutura lapidada” à práxis decisória para reorientá-la, a partir de seus próprios insumos, são repletos de normatividade. Há, em cada modelo imaginado de aplicação da proporcionalidade, concepções sobre como *devem* ser definidos princípios jurídicos, sobre como *deve* se dar a intensidade de análise de cada um dos exames, sobre qual *deve* ser o referencial no qual *deve* se inspirar o processo de justificação, sobre qual *deve* ser o papel do juiz quando a aplica, sobre qual *deve* ser o papel da jurisdição constitucional orientada nos seus três exames na democracia e, no limite, sobre qual *deve* ser a melhor maneira de captar a natureza do direito¹⁰⁴. Finalmente, a pressuposição de um decisor de referência se faz presente quando os debates sobre a sua aplicação se referem a abstrações como “o judiciário” ou “o legislador”¹⁰⁵.

Nada muito diferente ocorre quando as atenções se voltam para a AIR. Neste universo, porém, em vez de as idealizações e as simplificações resultarem, como no caso da proporcionalidade, do excesso de normatividade que inspira a construção de diversas teorias-padrão da justificação de decisões jurídicas preocupadas com a controlabilidade de juízos de valor de decisores institucionais (como juízes, legisladores e administradores), os problemas derivam de perspectiva epistemológica considerada útil para aprimorar decisões políticas. Também chamada de *positivista* – embora distante do que se possa chamar de positivismo jurídico¹⁰⁶

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

¹⁰⁰ 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 07.nov.2019. SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 450. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹⁰¹ HERTIN, Julia et al. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment—An empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, v. 11, n. 5-6, 2009, p.414. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹⁰² LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

¹⁰³ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n 4, 2003, p. 448.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **ARSP**. [s.l.], v. 95, n.2, p.151-166, 2009.

¹⁰⁵ V., por exemplo, ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], vol. 16, n4, 2003, p 443. Para uma crítica v. VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, [s.l.], v. 14, 2004.

¹⁰⁶ GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **Am. J. Juris.**, [s.l.], v. 46, p. 199-227, 2001.

–, essa perspectiva se sustenta sobre a possibilidade de obtenção de conhecimento sobre a realidade sem a influência de juízos de valor. Esse conhecimento, considerado objetivo, retiraria as suas credenciais da possibilidade de sua validação *científica*, o que significa basicamente torná-lo produto da aplicação de uma metodologia sólida voltada para a *descoberta* da realidade. Essa metodologia se deixa captar basicamente por meio de um processo linear organizado em torno de passos analíticos que espelham as fases de um processo de solução de problemas¹⁰⁷. É o rigor metodológico que garante o distanciamento do pesquisador, a replicabilidade do estudo e, portanto, a confiabilidade de testes de hipóteses ou esforços de falsificação de explicações sobre como o mundo é ou funciona. Assim, esse positivismo científico “sustenta a separação de fatos e valores porque a acumulação do conhecimento deve ocorrer independentemente das preferências e expectativas do pesquisador”¹⁰⁸. Além disso, esse modelo esquemático de obtenção e validação de conhecimento empírico se constrói também sobre idealizações. Ele, por um lado, assume que a racionalidade de um processo pode ser determinada relativamente ao modo como decisões teriam sido tomadas em um mundo perfeito e, por outro, remete as suas recomendações a um agente unitário de referência, como “o pesquisador”, “o expert”, “o cientista” ou “o técnico”¹⁰⁹.

Sobre essas bases, a AIR traria ao processo de justificação de escolhas regulatórias ares de objetividade naquilo que se mostra o principal problema de análises consequencialistas: a aferição da qualidade das prognoses que moldam a dimensão positiva do raciocínio. Se uma AIR depende da antecipação dos efeitos no mundo esperados de diferentes alternativas de decisão (sejam eles medidos em termos de custos e benefícios ou não), a ciência se apresenta naturalmente como a mais promissora candidata para orientar essa tarefa. A sua capacidade de sustentar escolhas políticas sobre métodos alegadamente neutros e reconhecidamente robustos entre os participantes da comunidade dentro da qual são empregados para se obter conhecimento sobre a realidade funcionaria como uma blindagem contra potenciais objeções de subjetividade e arbitrariedade dos resultados dessas decisões. A fé na ciência se converte, assim, em otimismo exagerado em relação aos potenciais da AIR de levar a decisões que promovam, da melhor maneira possível, objetivos sociais relevantes, como bem-estar. A presunção de tecnicidade e racionalidade de escolhas públicas seria, no fundo, uma maneira de lidar com os seus eventuais déficits de *legitimidade*.

A mesma história se aplica à proporcionalidade. Seu rápido avanço se justifica prioritariamente sobre a sua aptidão para conduzir, de forma metodologicamente organizada, processos de decisão que envolvem objetivos jurídicos importantes em relação de conflito. Na versão provavelmente mais extrema dessa pretensão, Alexy afirma semelhanças estruturais entre a subsunção, governada pela lógica, e a ponderação, governada pela aritmética, como se fosse possível chegar perto da confecção de uma “lógica dos juízos de valor”¹¹⁰. É a crença de que o método é capaz de garantir racionalidade aos resultados de problemas concretos dessa natureza, mantendo decisões, sobretudo judiciais, sob controle crítico, que (i) inspira o investimento dos seus defensores em aprimoramentos constantes e (ii) suporta a crítica de mau uso por tomadores reais de decisão em resposta a alegações de supostos déficits estruturais. Assim como a AIR, a

¹⁰⁷ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo and PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, 2009, p. 415.

¹⁰⁸ SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Havard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 439. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹⁰⁹ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo and PACCHI, Carolina. The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – an empirical analysis. **Forest Policy and Economics**, [s.l.], v. 11, 2009, p. 414. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n 4, 2003, p. 448. Para Alexy, apesar de diferenças importantes entre ponderação e subsunção, ambos se aproximariam por funcionarem a partir de um conjunto identificado de premissas a partir dos quais resultados podem ser inferidos. Sobre os problemas com essa aproximação v. SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316. Sobre uma possível resposta às críticas, v. LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 58, p. 177-209, 2014.

proporcionalidade garantiria a maior neutralidade possível para decisões que buscam harmonizar objetivos em tensão – incluindo aquelas que implicam a invalidação ou até a substituição de uma escolha de outro poder –, o que também lhe tornaria peça central para lidar com dilemas de legitimidade em regimes políticos organizados em torno de um ideal de separação de poderes. Não é por outra razão que a proporcionalidade já foi caracterizada como “*the ultimate rule of law*”¹¹¹. Esse apelo à neutralização, ainda que parcial, de juízos de valor se torna mais forte, finalmente, quando os exames de adequação e de necessidade e as variáveis da fórmula do peso (notadamente a fração S_i/S_j , que diz respeito à confiabilidade das premissas empíricas que fundamentam a promoção e a restrição dos princípios colidentes) incorporam opiniões de especialistas e de conhecimentos validados pela ciência. Nesse momento, os potenciais de roteiros de argumentação para contribuir para a objetividade de juízos de valor são complementados pela confiança depositada na ciência para fornecer conhecimento também pretensamente objetivo sobre o mundo.

Todo o discurso desenvolvido para justificar a neutralização da influência de preferências pessoais sobre o manejo da AIR e da proporcionalidade, contudo, não se mostra suficientemente convincente para eliminar críticas de *politização* desses instrumentos. A crítica compartilhada é facilmente perceptível quando se localiza em obras diferentes recursos à mesma metáfora do “cavalo de Troia” para sustentar como, na prática, as pretensões de objetividade dos dois métodos são facilmente apropriadas para escamotear atitudes conscientes de instrumentalização por parte dos decisores que deles se servem¹¹². Assim, em vez de funcionarem como *limites* para escolhas de agentes públicos, eles se tornariam, em razão de sua aptidão para garantir uma roupagem de racionalidade para praticamente qualquer decisão, mecanismos de elevado potencial para possibilitar a opção por preferências políticas e para justificar expansão de poder. Desvirtuados pela instrumentalização, eles, por um lado, favoreceriam posturas ativistas de juízes¹¹³ e controladores, enquanto, por outro, legitimariam escolhas arbitrárias de legisladores e reguladores.

2.2.5.2 Justificando as críticas

As bases para as críticas de politização nos dois casos estariam (i) na *falta de acurácia* suficiente para aferir eficiência (no caso da AIR) ou otimização (para a proporcionalidade) e (ii) na permeabilidade a *vieses* dos seus aplicadores pelo fato de a operacionalização dos seus percursos de justificação depender de inferências e pressupostos maleáveis¹¹⁴.

Em relação à AIR, estudos empíricos revelam que custos e benefícios são parcamente estimados nas análises desenvolvidas nos EUA, assim como evidenciam o uso limitado de ferramentas sofisticadas de avaliação de impacto em países europeus¹¹⁵. É claro que esse diagnóstico pode ser produto de um mau uso do instrumento de análise, e não uma consequência decorrente de um problema estrutural. Sem embargo, a simples possibilidade de uma AIR poder ser desenvolvida abaixo dos padrões fixados nos *guidelines*¹¹⁶ já sugere a sua fraqueza para, de fato, conduzir, com a racionalidade e a neutralidade esperadas, processos reais de decisão regulatória. Nada obstante, limites mais profundos para a realização, com a qualidade esperada,

¹¹¹ BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹¹² V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. [s.l.], Cambridge University Press, 2017 p.5. V. também: SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹¹³ Esse seria, por excelência, o caso da proporcionalidade. V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: CUP, 2017, p.5-6, com indicações de críticas aos potenciais da proporcionalidade para legitimar ativismo judicial na Alemanha, na África do Sul e no Canadá.

¹¹⁴ SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 446. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹¹⁵ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.289.

¹¹⁶ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 290.

das análises de custo-benefício que orientam as AIRs nos EUA estão associados (i) à capacidade e à precisão de teorias disponíveis *quantificarem* monetariamente riscos e benefícios regulatórios¹¹⁷ e (ii) de essa *monetização* superar, em casos mais complexos, possíveis problemas de *comensurabilidade* entre bens que podem ser promovidos ou restringidos por meio de uma escolha regulatória¹¹⁸. Na Europa, em que outros objetivos para além da eficiência são considerados para a justificação de uma escolha regulatória, debates sobre incomensurabilidade podem ganhar um significado ainda maior.

Problemas de incomensurabilidade e limites anunciados para captar com rigor todas as variáveis relevantes que possam afetar um processo de otimização de princípios em colisão também aparecem quando a racionalidade da proporcionalidade é colocada em xeque. Críticos, em relação ao primeiro problema, sustentam que, apesar de a operacionalização adequada da proporcionalidade pressupor a comensurabilidade ou a possibilidade de comparação de valores como liberdade de expressão e privacidade, sua estrutura é *insuficiente* para permitir uma apreciação não arbitrária de graus de promoção e restrição desses objetivos¹¹⁹. Sendo assim, a ponderação de princípios envolveria fundamentalmente a priorização das preferências dos tomadores de decisão que a ela recorrem¹²⁰. Ao mesmo tempo, a proporcionalidade não seria apta para organizar racionalmente processos de justificação por ser incapaz de determinar resultados de análises funcionalistas e limitar as margens de subjetividade dos seus aplicadores. Restaria, por conseguinte, apenas caracterizá-la como decisionista¹²¹ ou uma “varinha mágica” capaz de produzir pseudoconsensos¹²². Como se percebe facilmente, o cerne da crítica é o mesmo das objeções apresentadas direcionadas à AIR: a denúncia da incapacidade de ambos funcionarem como mecanismos neutros capazes de produzir resultados objetivos ou científicos.

Quanto à influência de vieses, é possível localizá-la basicamente em dois momentos quando o foco recai sobre a AIR: (i) no enquadramento do problema regulatório e (ii) no seu papel para neutralizar inclinações naturais de atores políticos. Na primeira dimensão, o resultado do desenvolvimento de uma AIR pode ser afetado pelo modo como o decisor define o problema regulatório, indica as alternativas de decisão e seleciona os tipos relevantes de impacto, os métodos de avaliação (o que pode orientar a AIR para análises mais quantitativas ou qualitativas) e as escalas temporais para a identificação das consequências a serem apreciadas¹²³. Essas são escolhas *anteriores* à própria AIR que podem decorrer de preferências políticas do analista, mas que não conseguem ser por ela controladas¹²⁴. O risco, por isso, como ressaltam Radaelli e de Francesco, está na utilização da AIR para a promoção “das agendas políticas ocultas de reguladores por trás de um falso verniz de objetividade”¹²⁵. Na segunda dimensão, o problema se localiza na incapacidade de a

¹¹⁷ SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 453 ss. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹¹⁸ Sobre o assunto v. HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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 07.nov.2019.

¹¹⁹ V. PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**, [s.l.], Cambridge University Press, 2017 p. 9, 39 e ss. JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.164. Em resposta a essa tradicional objeção à teoria dos princípios v. SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

¹²⁰ A fórmula do peso e as escalas que a operacionalizam são produtos de esforços de Alexy para sustentar, no mínimo, a possibilidade de comparação de princípios colidentes.

¹²¹ SCHLINK, Bernhard. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Festschrift, v. 50, 2001, p. 460.

¹²² LEISNER, Walter. **Abwägung überall – Gefahr für den Rechtsstaat**. NJW, v. 10, 1997, p. 6.

¹²³ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹²⁴ SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 457. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=1087796>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹²⁵ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.291.

AIR, por si só, impedir que instâncias revisoras inclinadas politicamente a enfraquecer as recomendações de órgãos reguladores (ou a reforça-las) atuem de maneira neutra. O primeiro caso, por exemplo, parece ser o da OMB nos EUA¹²⁶.

Críticos da proporcionalidade chegam, por caminhos diferentes, a resultados semelhantes. A identificação das circunstâncias concretas que preenchem o âmbito de incidência da regra da proporcionalidade também depende da superação de uma série de perguntas cujas respostas podem evidenciar preferências teóricas e políticas capazes de interferir decisivamente no resultado da disputa jurídica que exige a sua aplicação. As mais importantes dessas perguntas envolvem a identificação (i) do que é um princípio jurídico, (ii) de se, em um caso concreto, princípios, de fato, colidem e (iii) de quando princípios estão em uma relação de concorrência. E as respostas para as três perguntas podem ser controvertidas. No caso das duas últimas existe ceticismo a respeito da própria capacidade de a teoria dos princípios de Alexy, considerada o produto mais elaborado de uma agenda intelectual preocupada com o refinamento da estrutura e do modo de aplicação dessas normas, fornecer essas respostas¹²⁷. Quanto aos vieses, eles decorreriam naturalmente do reconhecimento de que juízes podem ser agentes políticos cujas preferências inclinam suas decisões para determinados sentidos quando seus interesses estão em jogo¹²⁸. Isso passa, inclusive, pela própria seleção dos princípios em colisão. Recorrer a princípios mais importantes, como a dignidade humana, e não a um dos seus corolários, pode naturalmente inclinar os pratos da balança para um determinado resultado. Dada, ademais, a impossibilidade de a proporcionalidade satisfazer na realidade elevadas aspirações de neutralidade e objetividade, ela não conseguiria impedir a sua própria manipulação para a justificação de resultados que, no fundo, expressariam nada mais do que as visões políticas dos seus aplicadores.

Em qualquer um dos casos, as críticas denunciam uma assimetria entre, de um lado, as pretensões construídas a partir dos pressupostos normativos e científicos das teorias jurídicas e da perspectiva epistemológica que informam a melhor versão possível, respectivamente, da proporcionalidade e da AIR e, de outro, a permeabilidade de ambas à politização. Se esse é um problema digno de ser enfrentado, é porque, por trás das objeções formuladas, existe uma alegada incapacidade dos dois instrumentos para conduzir processos decisórios *reais* em razão dos seus excessos de *idealização*. A principal consequência dessa constatação está na possibilidade de construção de críticas em sentidos *opostos* aos potenciais da AIR e da proporcionalidade para realizarem efetivamente as suas promessas de redução da discricionariedade decisória de agentes públicos. Como visto neste tópico, por um lado, excesso de idealização pode sugerir *carência* de racionalidade. No entanto, nada impede que, por outro lado, também se possa criticar as vocações reais de métodos exigentes como expressões de delírios racionalistas. Nesse quadro, posicionar a proporcionalidade e a AIR entre os extremos da irracionalidade e da soberracionalidade é central para que se possa definir o seu papel *possível* para a condução de processos decisórios de formação e revisão de escolhas regulatórias. Isso nos conduz ao último cenário de exploração das distinções e aproximações específicas entre as duas metodologias de justificação.

2.2.6 Operacionalização e idealização: como escapar de objeções de soberracionalidade?

Como já sustentado, as críticas mais severas que podem ser direcionadas à utilidade esperada da proporcionalidade apontam para as suas aspirações hiper-racionalistas, reveladas nas suas pretensões de aproximar o real do ideal em um mundo repleto de limitações¹²⁹. O cerne da objeção parte do reconhecimento de

¹²⁶ RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 451.

¹²⁷ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 159-160.

¹²⁸ PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: CUP, 2017, p. 155.

¹²⁹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-**

que as objeções de sub-racionalidade não atingem o alvo quando uma teoria dos princípios que investe em metodologias de decisão como a proporcionalidade e a fórmula do peso é colocada em evidência. Quando se considera a aptidão desses mecanismos para (i) “tornar os juízos de valor efetuados por tomadores de decisão nos procedimentos de ponderação mais claros, organizados, transparentes e compreensíveis” (ainda que não plenamente objetivos), (ii) controlar a discricionariedade do tomador de decisão por meio de cadeias estruturadas de argumentação capazes de, pelo menos, excluir certos resultados como possíveis¹³⁰ e quando (iii) os mesmos sentidos de qualificadores como “certo”, “objetivo” e “racional” são aplicados tanto à proporcionalidade e seus refinamentos como a outros candidatos que almejam orientar a decisão jurídica – impedindo, desse modo, falácias comparativas –, o resultado que se obtém é o de constatação de ser possível atribuir, mesmo em um sentido mais fraco, *racionalidade* à ponderação. Além disso, é igualmente possível sustentar que os instrumentos metodológicos desenvolvidos para orientá-la, quando comparados com outras alternativas, não são menos racionais do que os seus concorrentes¹³¹, “que estão longe da certeza matemática e da certeza verificável”¹³².

Se, portanto, a objeção da irracionalidade pode ser combatida, resta apreciar se o que a proporcionalidade é capaz de oferecer não cria condições para uma percepção equivocada de ser ela muito mais racional do que outros candidatos. Nesse cenário, o risco maior está na perda da consciência dos limites efetivos de um instrumento de justificação para conduzir processos decisórios reais. Quando isso ocorre, o que poderia funcionar como mecanismo limitadamente racional de justificação pode se transmutar em uma fonte incalculável de incerteza. Esse paradoxo ocorre exatamente quando a crença ilusória na onipotência da proporcionalidade para produzir resultados racionais leva ao seu uso indiscriminado, mesmo quando desnecessário, com a consequente desconsideração dos custos de decisão e de erro associados à sua operacionalização¹³³.

2.2.6.1 Os fundamentos da crítica

As causas para esse fenômeno estariam associadas essencialmente a dois problemas: (i) as afirmadas aproximações estruturais entre subsunção e ponderação e (ii) o possível caráter excessivamente exigente, do ponto de vista epistêmico, das variáveis da fórmula do peso. No primeiro aspecto, a afirmação de que tanto ponderação como subsunção são esquemas de decisão que se organizam em torno de premissas que levam a uma conclusão (ainda que, como já dito, a primeira seja governada pela lógica e a segunda pela aritmética¹³⁴), pode levar à crença de que ambos são igualmente racionais, a ponto de não ser um problema transitar livremente de um modelo de justificação para o outro. Com isso, o que está em jogo é a capacidade de regras, notadamente por suas referências textuais, serem capazes de, por si sós, guiarem o comportamento dos seus destinatários¹³⁵. Assumida a proximidade estrutural e níveis similares de racionalidade dos resultados da ponderação e da subsunção, haveria incentivos para um *particularismo* endêmico na prática decisória, *i.e.* para a consideração constante de todas as circunstâncias relevantes de cada caso para a justificação de uma decisão, e não apenas daquelas selecionadas previamente por uma regra aplicável no caso. Isso porque, assumida a proximidade estrutural, parece difícil justificar como uma teoria dos princípios que sublinha mais as seme-

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014 e SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316.

¹³⁰ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p. 185.

¹³¹ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p. 185.

¹³² SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 309.

¹³³ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out/dez. 2014, p.186.

¹³⁴ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n. 4, 2003, p. 448.

¹³⁵ SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 312.

lhanças do que as diferenças entre os dois esquemas formais de justificação seria capaz de tornar as razões fornecidas por regras *suficientes* para a decisão, e não o resultado de um teste holístico de sua adequação para promover o melhor resultado para o caso concreto¹³⁶.

No segundo aspecto, os problemas se localizam na pressuposição de que decisores reais terão as mesmas condições de decisores ideais para obter e processar todas as informações necessárias para operacionalizar as variáveis da fórmula do peso. Isso significa duvidar da capacidade de agentes que decidem sob condições de *racionalidade limitada* serem efetivamente capazes de sustentar de maneira não arbitrária valorações sobre a intensidade das restrições aos princípios envolvidos, sobre o peso abstrato de cada uma delas e, especialmente, sobre a confiabilidade das premissas empíricas que podem sustentar a promoção e a restrição dos princípios colidentes¹³⁷.

Assim como sustentado nas seções anteriores, parece também não haver razões aqui para duvidar da aplicabilidade à AIR de algumas das críticas direcionadas à proporcionalidade, notadamente as que dizem respeito ao otimismo excessivo sobre (i) a possibilidade efetiva de obtenção dos conhecimentos necessários para a sua operacionalização e (ii) a capacidade de reguladores de carne e osso processá-los adequadamente. Dessa forma, dependendo do modo como se constrói uma confiança ingênua em torno da sua utilidade para produzir resultados quase ideais, mais existe a possibilidade de a AIR ser compreendida como super-racional e, exatamente por isso, reduzir a consciência dos seus limites entre os seus aplicadores e possíveis revisores. Num mundo real, os seus limites são, sobretudo, os limites da ciência, apropriada em uma concepção tecnicista e racionalista, para (i) antecipar, com precisão, efeitos que serão produzidos por alternativas regulatórias e para, de fato, (ii) captar em seus modelos toda a complexidade e contingência que podem estar envolvidas em processos reais de tomada de decisão. Se modelos são simplificações da realidade construídos, quando erguem a pretensão também de orientar a decisão de agentes racionais, em torno de alguns pressupostos sobre como o mundo deveria funcionar, é questionável se a AIR, com a sua fé na ciência moderna e recurso a idealizações, pode ser útil, no mínimo, para trazer algum grau de objetividade para informar políticas regulatórias mais complexas. Negligenciar essa possibilidade significa aproximar-se da armadilha da sobre-racionalidade.

Hertin et al. apresentam cinco razões para sustentar por que a capacidade de a AIR conduzir decisões regulatórias a resultados ideais pode se tornar, na prática, uma ilusão. Todas elas, ao meu ver, são facilmente transportáveis para a proporcionalidade. A primeira é a ilusão da *linearidade*. O risco de excesso de racionalidade, neste caso, está na pressuposição pelos esquemas tradicionais de AIR de que problemas regulatórios já podem ser formulados, desde o início, da melhor maneira e solucionados a partir de uma sequência de passos organizados em etapas que se sucedem linearmente. Nessa perspectiva, sublima-se o fato de que problemas e objetivos reais costumam ser continuamente alterados, redefinidos e reinterpretados¹³⁸.

A segunda ilusão é, como já explorado, a de que as análises podem ser *neutras* e *objetivas*. Para os autores, “a expectativa de que a AIR oferece um quadro confiável, objetivo e compreensivo dos potenciais impactos de uma política planejada é claramente não realista. A abordagem holística – tal qual formulada em muitos *guidelines* – para estimar todos os efeitos pretendidos e indesejáveis e os efeitos colaterais está bem distante das possibilidades da AIR na prática”¹³⁹. O fundamento para tanto está na simples necessidade de levar a

¹³⁶ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, 2014, p. 189-196.

¹³⁷ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, 2014, p. 197-203.

¹³⁸ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹³⁹ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

sério a *assimetria* entre o presente futuro e o futuro presente que afeta a dimensão positiva de raciocínios consequencialistas¹⁴⁰. Não a negligenciar significa reconhecer que identificar os efeitos futuros de alternativas regulatórias pode envolver incertezas, incompletudes e simplificações que só serão efetivamente apreensíveis *ex post*.

Em terceiro lugar, o perigo de aproximar a AIR de um modelo super-racional de decisão decorre da sua construção em torno da figura de um único *decisor ideal*. A fuga dessa idealização legítima a abertura de processos de justificação normativamente construídos como a AIR e a proporcionalidade à *participação* de atores relevantes nos processos de formação da vontade regulatória e revisão de escolhas de outras instituições¹⁴¹. Grupos de interesse, partidos políticos, representantes da sociedade civil e especialistas devem ser capazes de apresentar os seus pontos de vista sobre a avaliação do impacto de alternativas regulatórias ou de proporcionalidade de escolhas públicas. Restringir o espaço de participação em nome da pressuposição de que o decisor é capaz, isoladamente, de ter acesso e considerar todos os interesses e opiniões relevantes para a tomada da decisão mais adequada é reconduzir a instrumentos de metodologia pretensões de hiper-racionalidade.

O quarto motivo para sustentar as distorções entre as condições ideais pressupostas para a operacionalização da AIR e as limitadas condições da realidade está na ilusão do *fechamento analítico*. O ponto de localização do excesso de racionalidade neste caso está na crença de que a conclusão de uma AIR já leva à *melhor opção* para lidar com certo desafio que pode exigir respostas regulatórias, e não que, durante o tempo, novos efeitos (positivos ou negativos) da decisão privilegiada podem ser localizados, problemas de incomensurabilidade decorrentes da necessidade de valoração dos estados do mundo produzidos por novas informações podem emergir e novos interesses devam ser considerados¹⁴². A AIR não pode ser vista como um instrumento que se encaixa em um processo decisório que se inicia e se conclui com a declaração de um corpo técnico que marca o seu fechamento. Ao contrário, ela deve ser encarada como um *processo*, abrindo-se para *monitoramento* frequente dos resultados que inicialmente sustenta e permitindo *revisões* das alternativas privilegiadas, que podem, no limite, ser até mesmo extintas por aferição, no tempo, de sua inadequação.

O quinto e último motivo para sustentar pretensões hiper-racionalistas está na ilusão de que o conhecimento relevante para o seu desenvolvimento está exclusivamente nas mãos de *especialistas*¹⁴³. O que se coloca em xeque é o pressuposto de que *experts* detêm em seus laboratórios o monopólio do conhecimento necessário para a tomada da melhor decisão regulatória para promover objetivos como eficiência ou desenvolvimento. Se não se deve descartar a utilidade do conhecimento científico para o alcance das melhores respostas para problemas regulatórios, é também importante notar, como J. Hertin et al afirmam, que a experiência de jurisdições europeias (especialmente do Reino Unido) que garantem a *stakeholders* um papel mais proeminente nas AIRs revela como o conhecimento de atores engajados em práticas regulatórias pode ser também importante para determinar a magnitude de efeitos de alternativas decisórias, tornar reguladores conscientes das consequências indesejáveis de suas possíveis escolhas e auxiliar na criação de normas e no desenvolvimento de procedimentos efetivamente aplicáveis¹⁴⁴. Assim como no problema do “único decisor

¹⁴⁰ V. 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.

¹⁴¹ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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. 418. Disponível em: < <https://doi.org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>>. Acesso em 07.nov.2019.

¹⁴² HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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 07.nov.2019.

¹⁴³ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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 07.nov.2019.

¹⁴⁴ HERTIN, Julia; JACOB, Klaus; PESCH, Udo; PACCHI, Carolina. 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 07.nov.2019.

ideal”, a permeabilidade da AIR à incorporação de pontos de vista não estritamente técnicos é considerada necessária para reduzir possíveis pretensões hiperracionalistas, as quais, na prática, podem produzir estados de coisas bem distantes do *second best* imaginado por aqueles que insistem na aproximação entre real e ideal.

Antes de funcionarem como fundamento para o descarte de ferramentas metodológicas inspiradas em ideais como a AIR e a proporcionalidade, as cinco razões apresentadas deveriam funcionar como alertas para impedir o seu emprego *disfuncional* por reguladores e controladores. Superestimar as capacidades desses instrumentos para racionalizar processos decisórios reais pode levar à crença equivocada de um legislador ou administrador que tudo conhece ou de um juiz que tudo pode.

2.2.6.2 Revisões baseadas em erros só aferíveis *ex post* como problema especial

A mais importante implicação da necessidade de se levar a sério os limites apresentados está na sua aptidão para problematizar a capacidade plena de os pressupostos subjacentes à AIR e à proporcionalidade informarem uma teoria completa sobre o *erro*. Isso porque, quanto mais o potencial crítico desses instrumentos se inspira em idealizações, menor é o seu potencial para sustentar uma falha decisória com base em problemas que, exatamente pelos limites do real para a implementação do ideal, só podem ser aferíveis *ex post*. Esse parece ser o problema por excelência quando se discute a utilidade da AIR e da proporcionalidade para orientarem processos de tomada de decisão sob *condições de ignorância*. Em linguagem de teoria da decisão, esse é o caso quando não se consegue determinar as consequências associadas às alternativas de decisão ou, pelo menos, estimar a probabilidade de sua ocorrência¹⁴⁵. Em outras palavras, existe ignorância quando não é possível antecipar o que pode acontecer na realidade se determinado curso de ação for privilegiado no presente ou, mesmo quando possíveis estados do mundo podem ser previstos, não é possível quantificar ou mensurar a incerteza de sua verificação. A ignorância, assim, pode dizer respeito tanto aos fatos futuros como à sua estimativa. Nesses cenários, como se percebe facilmente, AIR e proporcionalidade não conseguem, por definição, conduzir tomadores reais de decisão a respostas seguras sobre a adequação do emprego de certos meios para a produção de certos efeitos. A escolha institucional que delas se segue, nesses casos, envolve alguma dimensão de aposta. Por isso, a percepção dos potenciais reais dos dois instrumentos de justificação deve ser capaz de acomodar os seus limites nesses casos extremos. E isso vale tanto para os seus operadores iniciais, como para os seus revisores. O risco, notadamente no caso de revisão, é o de se invalidar decisões ou atribuir consequências jurídicas perversas a decisores cujas escolhas só se mostraram efetivamente erradas *depois* que foram tomadas e graças a dados e pontos de vista que, no momento da decisão, (i) ou não estavam disponíveis, (ii) ou só poderiam ser obtidos a custos proibitivos, ou (iii) não poderiam ser conhecidos por decisores no exercício diligente de sua atuação¹⁴⁶.

Isso não quer dizer evidentemente que tanto a AIR como a proporcionalidade não possam indicar erros na obtenção e no processamento das informações disponíveis para a justificação de uma decisão ou revelar problemas nas valorações de quem as aplica. Tampouco os problemas apontados sugerem a sua inutilidade mesmo em processos de tomada de decisão sob condições de ignorância. Neste caso, ambos servem, no mínimo, para justificar, com base no conhecimento atual, por que, de fato, o problema de decisão que pretendem conduzir não se dá sob condições de certeza ou risco. Reconhecer a sua importância, no entanto, não significa assumir que AIR e proporcionalidade conduzirão a resultados que possam ser considerados, no momento presente da decisão, definitivamente corretos. Como visto, afastar essa pretensão de hiperracionalidade é o que justifica a necessidade de abertura desses procedimentos (notadamente da AIR) para a *participação* da sociedade e para o *monitoramento* constante das escolhas neles sustentados. Além disso, reconhecer

org/10.1016/j.forpol.2009.01.004>. Acesso em 07.nov.2019.

¹⁴⁵ RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1987, cap. 2, p. 21-44.

¹⁴⁶ Essa é a linguagem usada pelo Decreto 9.830/19 nos artigos 3º, § 2º, e 4º, § 1º, para se referir ao que se espera de considerações consequencialistas de decisores nas esferas administrativa, controladora e judicial, tal qual previsto no artigo 20 da LINDB, que ele regulamenta.

os limites específicos de uma AIR pode ser útil para se manter os olhos de reguladores permanentemente abertos para o fato de que uma regulação sensível a riscos – especialmente na tomada de decisão sob condições de ignorância – pode significar simplesmente *menos* regulação¹⁴⁷. Não regular é uma opção que está sempre presente no conjunto finito de alternativas regulatórias submetidas a uma avaliação de risco, mas que acaba sendo, às vezes por vieses políticos, às vezes simplesmente pela ênfase exagerada nos seus potenciais de racionalidade, sendo subestimada. Finalmente, assumida a impossibilidade de nem sempre fazer sentido um *controle substantivo ex post* dos seus resultados, escapar de uma realidade em que o contraldor se compreende como onipotente depende do investimento em parâmetros sobretudo *procedimentais* para a revisão de escolhas de outros poderes, especialmente nos casos em que, seja pelo desenho institucional em si, seja por análises empíricas aplicadas a um arranjo institucional específico¹⁴⁸, for possível presumir ou aferir maior capacidade institucional dos órgãos reguladores relativamente aos seus eventuais revisores.

Ironicamente, o reconhecimento de que a complexidade real não pode ser completamente captada pela AIR e pela proporcionalidade, o que costuma forçar a sua abertura para a incorporação de outros interesses e perspectivas de análise, em vez de contribuir para ampliar a sua racionalidade, pode apenas aprofundar os seus limites. Maior participação, abertura para a consideração de outros objetivos relevantes que podem ser promovidos ou restringidos por escolhas institucionais e maior permeabilidade a metodologias complementares para a sua operacionalização real impõem a necessidade de obtenção de mais informações, de capacidades heróicas para o seu processamento e de ampliação dos efeitos de juízos de valor sobre os seus resultados¹⁴⁹. Assim, para além dos dilemas das estruturais normais associadas à AIR e à proporcionalidade, existe o risco de os antídotos pensados para lidar com as suas patologias reais reduzirem ainda mais a sua importância para a realização de suas vocações metodológicas.

Escapar, portanto, das objeções de hiperracionalidade passa, no fundo, por entender a AIR e a proporcionalidade prioritariamente como instrumentos úteis para indicar as etapas importantes pelas quais escolhas públicas devem passar. Como já disse em outro lugar, instrumentos metodológicos como a proporcionalidade, especialmente porque almejam conduzir processos decisórios orientados para o futuro, devem ser celebrados mais pela sua aptidão para colocar boas perguntas do que pela sua funcionalidade para determinar respostas. E nada impede, mais uma vez, que o mesmo se diga da AIR. Essa visão, na verdade, parece ser compartilhada, por exemplo, por Baldwin, quando este afirma que as análises de impacto regulatório “são destinadas a informar a tomada de decisão, e não determinar decisões ou substituir a *accountability* política”¹⁵⁰.

3 Considerações finais

Se bem sucedido, o esforço de justificação das semelhanças e dos problemas estruturais compartilhados pela proporcionalidade e pela análise de impacto regulatório se revela útil para o nosso país em pelo menos dois sentidos mais gerais. Em primeiro lugar, esse empreendimento reforça os potenciais de instrumentos de justificação para orientar processos decisórios reais e conduzi-los a resultados que possam ser considerados minimamente racionais. No caso brasileiro, em que a análise de impacto regulatório se expande em um

¹⁴⁷ BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010 p. 268.

¹⁴⁸ V. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003 e ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 38, 2011.

¹⁴⁹ Especificamente sobre os problemas de combinações de perspectivas regulatórias na AIR e os riscos de uma AIR ainda mais exigente, v. BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**, op. cit., p. 265.

¹⁵⁰ BALDWIN, Robert. Better regulation: The search and the struggle. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.), **The Oxford handbook of regulation**, op. cit., p. 264.

contexto em que a proporcionalidade já é amplamente conhecida e, ao menos nominalmente, utilizada, esse esforço serve tanto para não nos fazer esquecer que a realização das vocações metodológicas da proporcionalidade depende da observância do roteiro de argumentação que ela condensa, como para incentivar a melhor organização possível da AIR em nossa realidade. Em segundo lugar, contudo, levar a sério as aproximações entre os dois instrumentos de justificação deve funcionar como um alerta para que a AIR que se pretende ver disseminada em um futuro breve não reproduza no país os problemas já constatados em outras jurisdições e, considerando a nossa experiência institucional, não se esvazie e acabe se tornando o que hoje é a proporcionalidade.

Proporcionalidade e AIR se aproximam como ferramentas metodológicas destinadas a organizar raciocínios prospectivos no direito. Isso, como explorado, embora não as sobreponha completamente, possibilita a localização de dilemas comuns. A possibilidade de operacionalização a partir de juízos confiáveis de prognose, a controlabilidade das valorações dos efeitos de alternativas decisórias que ambas pressupõem, a sua compatibilidade com modelos de deferência (sobretudo judicial), o risco de instrumentalização para a sustentação de interesses exclusivamente políticos e os perigos de uma compreensão hiperracionalista dos seus potenciais reais a partir de um otimismo exagerado a respeito das bases argumentativas e epistemológicas em torno dos quais ambas são concebidas são, como visto, apenas alguns exemplos. Ter consciência de que tanto as agendas acadêmicas sobre a proporcionalidade como o desenvolvimento da prática decisória em torno dela contribuíram para naturalizar todos ou a maior parte desses dilemas mostra-se importante para que a incorporação da AIR na realidade regulatória nacional não se limite à importação acrítica de mais um *slogan*.

Além disso, evitar esse efeito perverso sublinha a importância, em um sentido mais específico da utilidade dos esforços de aproximação entre os dois exames, de não se desconsiderar que as soluções encontradas na academia e na prática institucional para lidar com os problemas vivenciados pela operacionalização real de uma estrutura de justificação podem inspirar o desenvolvimento de respostas para enfrentar desafios que afetam a outra. A abertura à participação, a incorporação de novos objetivos a serem considerados nas análises, a definição de critérios procedimentais para a justificação de decisões sob condições de ignorância e a busca por outros meios de obtenção de conhecimento e de validação da sua produção são, também como visto, possíveis insumos para aprendizado institucional na aplicação da AIR entre nós. Em um direito administrativo inclinado pragmaticamente, se parece inevitável que a AIR terá um papel fundamental para a justificação de escolhas regulatórias, é preciso, pensando também pragmaticamente, antecipar e, assim, evitar efeitos perversos relacionados à sua ampla aplicação. Para esse propósito, o abismo existente entre a sofisticação teórica por trás da proporcionalidade e a sua desparametrizada aplicação no país é o melhor referencial para o desenvolvimento de reflexões sobre a recepção adequada dessa nova ferramenta para lidar com os desafios de uma Administração Pública que precisa justificar as suas decisões em uma realidade cada vez mais complexa.

Referências

ANDRADE, Aparecida de Moura e SANTANDA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 781-798.

ALEXANDER, Larry. What are Principles, and Do They Exist?. **San Diego Legal Studies Paper**, [s.l.], n. 13-119, jun. 2013. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em 07.nov.2019.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, [s.l.], v. 16, n 4, p. 433-449, 2003.

- ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. **ARSP**. [s.l.], v. 95, n.2, p.151-166, 2009
- ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: _____. **Recht, Vernunft, Diskurs**. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Nomos, 1995, p. 232-261.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel*, in: J. Jickeli, P. Kreuz und D. Reuter (Org.), **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlin: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779.
- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [s.l.], n. 38, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-raoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>. Acesso em 06.nov.2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 16.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BALDWIN, Robert. *Better regulation: The search and the struggle*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**, [s.l.], Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2.ed. [s.l.]. Oxford: Oxford University press. 2013.
- BEATTY, David M. **The ultimate rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, p. 1-44, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 11 nov. 2019
- BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]**. --Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fernando.leal/Downloads/Diretrizes%20Gerais%20e%20Guia%20Orientativo_final_27.09.2018%20(1).pdf). Acesso em 06.nov.2019.
- CECOT, Caroline; VISCUSI, Kip W. *Judicial review of agency benefit-cost analysis*. **George Mason Law Review**, [s.l.]. v. 22, p. 575-617, 2015. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2752068> > acesso em 07.nov.2019.
- CHANG, Yun-chien; DAI, Xin. *How to Use, and Not to Use, Proportionality Principle*. Proportionality Principle, **NYU Law and Economics Research Paper**, [s.l.], n. 19-10; **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 19-32. 2019.
- COGLIANESE, Cary. *Moving forward with regulatory lookback*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-23, set./dez. 2017
- COLLINS, John; HALL, Ned; PAUL, L. A.. *Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects*. In: ____ (eds.) **Causation and counterfactuals**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2004, p. 1-57.

DEIGHTON-SMITH, Rex; ERBACCI, Angelo; KAUFFMANN, Céline. **Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment**. OECD Regulatory Policy Working Papers, n 3, Paris, OECD Publishing, 2009. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/promoting-inclusive-growth-through-better-regulation_5jm3tqwqp1vj-en. Acesso em 06.nov.2019.

DEMUTH, Christopher C.; GINSBURG, Douglas H. White House review of Agency Rulemaking. **Harvard Law Review**. [s.l.], v. 99, n. 5, p. 1075-1088, 1985.

ELLIG, Jerry; MCLAUGHLING, Patrick A.; MORRALL III, John F. Continuity, change, and priorities: The quality and use of regulatory analysis across US administrations, **Regulation & Governance**. [s.l.], v. 7, n. 2, p.153-173, 2013. Disponível em: < <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2012.01149.x>>. Acesso em 07.nov.2019.

ESTEVEZ, Luiz Fernando Gomes. A Constituição pede tanto?. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-constituicao-pede-tanto-29072019>

GARDNER, John. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. **Am. J. Juris.**, [s.l.], v. 46, p. 199-227, 2001.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. [s.l.], v. 57, n 2, p. 383-397, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

HENSCHKE, Martin. **Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik**. Baden-Baden: Nomos, 1998

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 07.nov.2019.

HUBER, Peter. Junk Science in the Courtroom, **Valparaiso Law Review**, [s.l.], v 26, 1992,

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of balancing: its strengths and weaknesses. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. [s.l.]. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 152-173.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da Administração Pública no Brasil. In: LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.189-206.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The riverside press, 1921.

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.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 15, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fernando-leal/propostas-para-uma-abordagem-teorico-metodologica-do-dever-constitucional-de-eficiencia>> Acesso em 06/11/2019.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords). **Direito e Economia: Diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019, p. 85-113.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo

ingênuo. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out/dez. 2014.

LEAL, Fernando. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden Baden: Nomos, 2014.

LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? **Jota**, 16/6/2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>. Acesso em 06.nov.2019..

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, 2018.

LEISNER, Walter. **Abwägung überall—Gefahr für den Rechtsstaat**. NJW, v. 10, 1997, p. 636-639.

LEISNER, Walter. **Die Prognose im Staatsrecht**. Zukunft in Vergegenwärtigung. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1973.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, 2006.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OECD. **Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence**. OECD Reviews of Regulatory Reform, 2009. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1. Acesso em 06/11/2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal**. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETERSEN, Niels. **Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment, **Journal of European Public Policy**. [s.l.]. v.12, n 5, p. 924- 943, fev. 2005. Disponível em: < <https://doi.org/10.1080/13501760500161621>>. Acesso em 07.nov.2019.

RADAELLI, Claudio M.; DE FRANCESCO, Fabrizio. Regulatory impact assessment. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Ed.). **The Oxford handbook of regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 1987.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória**. Texto para Discussão 1463, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília, 2010. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf. Acesso em 06.nov.2019.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

- SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>.
- SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, Mathias (Ed.). **Institutionalized Reason: The jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 307-316.
- SCHLINK, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: P. Badura/H. Dreier (Org.), **Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht**, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 445-465.
- SCHROEDER, Christopher H. Beyond Conflict-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008.
- SHAPIRO, Sidney A; SCHROEDER, Christopher H. Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation. **Harvard Environmental Law Review**, [s.l.], v. 32, 2008, p. 434-502.
- SIECKMANN, Jan-Reinard. **Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems**. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume**. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- SPIELTHENNER, Georg. Consequentialism or deontology?. **Philosophia**, [s.l.], v. 33, n. 1, p. 217-235, 2005.
- STONE Sweet, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. **Columbia Journal of Transnational Law**. [s.l.], v. 47, p. 73-160, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. **Harvard Environmental Law Review**. [s.l.], v. 41, 2017.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**, [s.l.], n 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818. Acesso em 06.nov.2019. 06/11/2019.
- VERMEULE, Adrian. The Judiciary Is a They, Not an It: Interpretive Theory and the Fallacy of Division. **J. Contemp. Legal Issues**, [s.l.], v. 14, 2004.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.