

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

ANA PAULA MARTINI TREMARIN WEDY

**ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO
DOS IMPACTOS DAS DECISÕES PÚBLICAS**

Porto Alegre

2016

ANA PAULA MARTINI TREMARIN WEDY

**ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO
DOS IMPACTOS DAS DECISÕES PÚBLICAS**

Dissertação Jurídica apresentada à banca examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em nível Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

W393a Wedy, Ana Paula Martini Tremarin

Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas / Ana Paula Martini Tremarin Wedy .
– Porto Alegre, 2016.

214 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

1. Análise Custo-Benefício. 2. Tomada de Decisão (Administração Pública). 3. Políticas Públicas. 4. Administração Pública. I. Facchini Neto, Eugênio. II. Título.

CDD 350.722

Ficha Catalográfica elaborada por Loiva Duarte Novak – CRB10/2079

ANA PAULA MARTINI TREMARIN WEDY

**ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO
DOS IMPACTOS DAS DECISÕES PÚBLICAS**

Dissertação Jurídica apresentada à banca examinadora como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em nível Mestrado.

Aprovada pela Banca Examinadora em ____ de _____ de 2016, em
Porto Alegre/RS.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto
Orientador

Prof. Dr. Fernando Quadros da Silva
Membro Examinador

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner
Membro Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu marido amado, Gabriel Wedy, por ter sempre estimulado, apoiado e encorajado minha pesquisa.

Agradeço ao meu orientador, Professor Eugênio Facchini Neto, pelo incentivo, pela dedicação e pela firme orientação.

Agradeço aos Professores Michael Gerard e Thomas Kendall, da Universidade de Columbia, na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos, pela confiança e pela constante troca de ideias no período em que realizei o *Visiting Scholar* naquela Universidade.

RESUMO

A análise do custo-benefício é um procedimento de decisão para melhorar a qualidade das decisões públicas. Os problemas sociais nunca são isolados, e qualquer esforço para solucionar um único problema apresenta uma série de consequências, algumas delas não intencionais. A análise do custo-benefício busca regulações/legislações razoáveis e evitar ônus econômicos injustos para a sociedade. Nos Estados Unidos, desde 1981, as agências são obrigadas a calcular os custos e os benefícios de suas regulações e procederem apenas quando os benefícios excederem ou justificarem os custos. No Brasil, não há um procedimento formal para avaliação dos impactos das decisões públicas. Contudo, sem uma metodologia para calcular os impactos, analistas tendem a confiar em seus próprios pressentimentos e especulações, e os resultados, relativamente a procedimentos de decisões alternativos, são insatisfatórios para o incremento do bem-estar geral.

Uma vez reconhecido que a análise do custo-benefício deve ser o procedimento a guiar a tomada da decisão pública, há alguns desafios a enfrentar: como estimar o valor da vida e da saúde, como lidar com os interesses das futuras gerações, como lidar com riscos de pequena probabilidade e incertezas nas questões ambientais, como divergir de um resultado obtido por intermédio da análise do custo-benefício, de que modo o Poder Judiciário deve contribuir para o aperfeiçoamento do procedimento. A pesquisa pretende explorar essas questões e como o governo pode economizar e salvar vidas com uma ferramenta desenhada para racionalizar as decisões públicas que envolvem investimentos dos finitos e escassos recursos públicos.

Palavras-chave: Análise do custo-benefício. Impactos. Racionalizar. Bem-estar geral.

ABSTRACT

The cost-benefit analysis is a decision procedure to improve the quality of government decision-making. The social problems never exist in isolation and any effort to solve a single problem will have a range of consequences, some of them likely unintended. CBA seeks rational regulation/legislation and to avoid unjustified economic burdens to society. In the USA, since 1981 agencies have to calculate the costs and benefits of their regulations and to proceed only if the benefits exceed or justify the costs. In Brazil that is no formal procedure to evaluate the impacts of public decisions. However, without a methodology for calculating the impacts, analysts are likely to rely on their own hunches and speculations and the results (from guesstimates) will fail in advances overall well-being relative to alternative decision procedures. But once recognised that CBA should lead the public decisions that are hard cases to handle: how to value life and health, how to deal with the interests of the future generations, how to deal with small risks and uncertainty in environmental questions, how to diverge from the conclusion recommended by CBA, how should the Courts contribute to the improvement of the procedure. The research attempt to explore those questions and how the government might saves money and lives with a tool that is designed to rationalize the public decisions that involve investments of the finite and scarce public resources.

Keywords: Cost-benefit analysis. Impacts. Rationalize. Overall well-being.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIR	Avaliação de Impacto Regulatório
CAA	<i>Compliance Cost Assessment</i>
CBA	<i>Cost-benefit analysis</i>
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i> (Agência de Proteção Ambiental)
IWG	<i>Interagency Working Group</i> (Grupo de Trabalho)
QALYs	<i>Quality Adjusted Life Years</i> (Anos de Vida Ajustados à Qualidade)
PRO-REG	Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
RIA	<i>Regulatory Impact Assessment</i> (Avaliação de Impacto Regulatório)
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIRA	<i>Office of Information and Regulatory Affairs</i> (Gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios)
OMB	<i>Office of Management and Budget</i>
TICs	Tecnologias da Informação e da Comunicação
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEITO, BASE TEÓRICA E PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	20
1.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO.....	20
1.2 A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO TÉCNICA DE APLICABILIDADE DOS CRITÉRIOS PARETO SUPERIOR E KALDOR-HICKS.....	31
1.3 FUNDAMENTOS DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	39
1.4 PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO NOS ESTADOS UNIDOS	47
1.5 PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO NO BRASIL	57
2 PROCEDIMENTO E DESAFIOS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	69
2.1 PROCEDIMENTO DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO.....	69
2.2 MONETIZAÇÃO DOS IMPACTOS DAS DECISÕES PÚBLICAS	85
2.2.1 A alegada incomensurabilidade de determinados bens e valores existenciais	85
2.2.2 Valor estatístico da vida	91
2.2.3 Valor estatístico dos anos de vida	94
2.2.4 Anos de vida ajustados à qualidade	96
2.3 ESTUDOS DE PREFERÊNCIAS REVELADAS E ESTUDOS DE PREFERÊNCIAS DECLARADAS	99
2.4 ALTERNATIVAS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO.....	103
2.4.1 Análise do custo-eficácia	104
2.4.2 Avaliação intuitiva	105
2.4.3 Análise de viabilidade tecnológica	107
2.4.4 Análise do bem-estar	109
2.5 DESAFIOS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	111
2.5.1 A dificuldade em coletar as informações dispersas em sociedade necessárias à tomada de decisões públicas exitosas	111
2.5.2 A taxa de desconto e a obrigação moral das presentes gerações para com as futuras gerações	120

2.5.3 Análise do custo-benefício e riscos de impactos globais e irreversíveis ao meio ambiente	125
3 PODER JUDICIÁRIO E ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	138
3.1 A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO FUNDAMENTAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS E DECISÕES JUDICIAIS.....	138
3.2 PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ...	145
3.3 A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO	158
3.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS DA DECISÃO PÚBLICA	172
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS	196

INTRODUÇÃO

O propósito da presente dissertação é apresentar a análise do custo-benefício como um procedimento para racionalizar o processo da tomada de decisões públicas. Consiste em um procedimento pragmático para a avaliação dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar da população, particularmente aplicado quando forem atingidas parcelas significativas da população, que demandem investimentos de vultosas quantias de recursos públicos. Os objetivos principais desse procedimento são: classificar políticas públicas prioritárias; reduzir os custos da efetivação das políticas públicas; identificar e evitar os principais efeitos não desejáveis da atuação governamental; assegurar que os governos invistam cada centavo da melhor maneira possível na busca pelo bem-estar da população.

A dissertação é dividida em três capítulos. O primeiro trata da base teórica fundacional da análise do custo-benefício, das principais razões que justificam a adoção do procedimento e da previsão normativa desse instrumento nos Estados Unidos e no Brasil. O segundo capítulo explora a metodologia a ser seguida na realização do procedimento, com especial ênfase à fase da monetização dos custos e dos benefícios e às questões decorrentes desse tópico, notadamente a objeção moral à precificação de alguns bens e valores e o procedimento inerente à atribuição do valor estatístico da vida, as ferramentas alternativas à análise do custo-benefício e os principais desafios ao uso do procedimento. O terceiro capítulo aborda a aplicação do procedimento como fundamentação dos institutos jurídicos e das decisões judiciais, as principais limitações ao controle jurisdicional das políticas públicas, a *common law* federal norte-americana sobre o assunto e, por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da avaliação dos impactos das decisões públicas.

No primeiro capítulo, discorre-se a respeito da ligação entre a análise do custo-benefício e a doutrina da análise econômica do Direito (*Law and Economics*) e sobre como uma visão interdisciplinar do Direito, focada na interpretação e na aplicação do Direito em consonância com o contexto social, cultural e econômico, propiciou a consagração de uma ferramenta originada na economia do bem-estar como método de avaliação dos impactos das decisões públicas. Nessa perspectiva, pretende-se elucidar que os princípios da microeconomia – maximização, equilíbrio e eficiência – aplicáveis à análise econômica do Direito no tocante à orientação da

tomada de decisões referentes à alocação e à escassez dos recursos disponíveis são também utilizados na construção da teoria normativa da análise do custo-benefício. A lógica dos mercados, de acordo com a qual indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios, é analogicamente aplicada para a fundamentação da análise econômica do Direito e da análise do custo-benefício.

Nesse rumo, perpassa-se por algumas das possíveis abordagens da maximização de riqueza para a análise econômica do Direito a fim de se demonstrar que a ênfase mais adequada para a economia do bem-estar, proponente da análise do custo-benefício como técnica procedimental à disposição dos formuladores de políticas públicas, é aquela compatível com a ideia de que os sistemas legais, para além de primarem pela maximização de riqueza e eficiência na alocação de recursos, também devem possibilitar resultados socialmente desejáveis e a promoção de valores diversos.

Após, faz-se um breve estudo das teorias normativas que alicerçam a análise do custo-benefício, notadamente sobre a tentativa de adaptar essa técnica procedimental aos princípios de Pareto potencial ou ao critério Kaldor-Hicks e os problemas daí decorrentes. São explorados os posicionamentos de Amartya Sen, Cass Sunstein, Eric Posner, Matthew Adler e Jeffrey Sachs sobre a problemática na tentativa de buscar um modo para melhor enfrentar a celeuma.

Na sequência, para além das justificativas pautadas nos fundamentos econômicos, acrescentam-se as seguintes razões para a adoção da análise do custo-benefício: contornar os efeitos nefastos dos desvios cognitivos sobre a avaliação das decisões públicas; fortalecer a democracia; conferir maior transparência à fundamentação das decisões públicas; permitir a responsabilização (*accountability*) dos governantes pelos resultados das decisões públicas; ensejar o desenvolvimento sustentável.

No que tange à previsão normativa desse instrumento de avaliação das decisões públicas, estuda-se a evolução da estrutura normativa existente nos Estados Unidos há mais de 35 anos até a consolidação do atual Estado do custo-benefício. Nesse tópico, é fundamental a análise das Ordens Executivas 12.291 (1981), 12.866 (1993) e 13.563 (2011), emitidas respectivamente pelos Presidentes Ronald Reagan, Bill Clinton e Barack Obama, as quais determinam a realização da Análise do Impacto Regulatório (*Regulatory Impact Analysis and Review*) para

avaliação dos custos e dos benefícios de todas as maiores regulações que produzam um efeito igual ou superior a 100 milhões de dólares anuais na economia e atribuem competência ao *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) para rever e aprovar as regulações federais no tocante à ponderação dos impactos inerentes à novel regulação.

No Brasil, apesar do déficit legal sobre a previsão de um procedimento de avaliação dos impactos de legislações e regulações, há uma estrutura normativa no ordenamento jurídico capaz de tutelar a exigência de tal procedimento no âmbito da Administração Pública, a exemplo dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, do teste de proporcionalidade em sentido estrito, do dever de motivação dos atos administrativos e da possível analogia com técnicas de aferição de impacto ambiental previstas na legislação esparsa. Contudo, evidencia-se que o quadro normativo existente é insuficiente por diversas razões, entre as quais constam as seguintes: na maioria das vezes a legislação, e não a regulação, serve de instrumento de implementação das políticas públicas; é insatisfatório o grau de comprometimento dos governantes com o interesse público; a ausência de uma metodologia para calcular os custos e os benefícios faz com que os analistas decidam com base em especulações e intuições, produzindo resultados insatisfatórios e, não raras vezes, indesejáveis; a ausência de uma metodologia de avaliação dos impactos das decisões públicas dificulta a judicialização dessas questões e o controle jurisdicional do balanceamento dos custos e dos benefícios. Assim, ao final do primeiro capítulo, a partir da experiência normativa e prática dos Estados Unidos e das recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), propõe-se a previsão de um instrumento normativo que torne mandatória a execução de um procedimento para a avaliação dos impactos regulatórios e legislativos.

No segundo capítulo, apresenta-se uma proposta para a execução do procedimento da análise do custo-benefício, dividida em dez etapas: 1) identificar o objetivo da atuação estatal e as potenciais opções alternativas para a implementação das políticas públicas almejadas, incluindo a opção pela inércia; 2) identificar a titularidade dos indivíduos que suportarão os benefícios e os custos; 3) determinar e catalogar os possíveis impactos de cada uma das opções sobre o período previsível em que produzirão efeitos; 4) monetizar os impactos passíveis de quantificação; 5) avaliar qualitativamente os custos e os benefícios não

quantificáveis e não qualificáveis; 6) descontar custos e benefícios futuros depois de convertidos para valores monetários atuais; 7) computar os benefícios e os custos líquidos de cada alternativa; 8) fazer a análise de sensibilidade; 9) convocar a participação popular para confrontação e validação dos resultados; 10) fundamentar a decisão pública com a apresentação de um relatório que contenha as informações acerca de todas as fases anteriores. Cada uma dessas fases é cuidadosamente explicada, e também são explanadas algumas questões específicas, a exemplo da análise do risco compensatório (*risk tradeoff analysis*) e da análise do ponto de equilíbrio (*breakeven analysis*) no caso de impossibilidade de monetização de custos e/ou benefícios. Outrossim, cada uma das etapas do procedimento é examinada em consonância com a estrutura apresentada por Amartya Sen, composta por princípios básicos e três grupos de requisitos adicionais, cada qual com suas subdivisões, a fim de racionalizar o procedimento da análise do custo-benefício.

Ainda no segundo capítulo são enfrentadas e afastadas as principais objeções morais à monetização de bens coletivos e valores existenciais, a exemplo do valor ambiental, recreativo e paisagístico, que por suas características únicas e específicas não estão, nem poderiam estar, disponíveis no mercado. Nesse tópico, explica-se que o valor existencial, ou valor do uso passivo, é aquele experimentado por indivíduos que não fazem uso efetivo de um bem específico, a exemplo de uma praia, um rio ou qualquer outro recurso natural que represente satisfação pessoal pela mera existência. Distingue-se precificação de comoditização para se afirmar que a primeira é moralmente aceitável, tanto é que alguns dos bens mais apreciados e queridos pela humanidade são tradicionalmente precificados pelo mercado, a exemplo dos animais de estimação, dos anéis de casamento, da preservação da natureza, das obras de arte e da assistência médica.

Nesse passo, partindo-se da premissa de que as políticas públicas visando à proteção da vida são prioritárias, mas são, contudo, limitadas pela escassez dos recursos finitos, reforça-se a necessidade de definir o quanto cada sociedade está disposta a investir na prevenção de riscos à vida e, para tanto, os governos valem-se da estimativa do valor estatístico da vida. O cálculo é realizado com base em evidências resultantes das escolhas individuais de mercado, as quais apresentam compensações implícitas entre risco e dinheiro, para inferir o quanto cada indivíduo está disposto a pagar pela redução de determinado risco e, a partir desse valor, estimar o valor da vida estatística. Discorre-se sobre as vantagens e as

desvantagens de se atribuir um valor uniforme a essa estimativa, e a problemática da consideração da capacidade econômica, da idade ou de qualquer outra característica pessoal dos indivíduos sobre os quais recaem os impactos da atuação pública.

Nesse contexto, apontam-se o valor estatístico dos anos de vida e os anos de vida ajustados à qualidade como outras técnicas também empregadas para se estimar o valor da vida, as quais foram desenvolvidas na tentativa de adequação do valor estatístico da vida às características individuais dos beneficiados. A grande questão é de que maneira atribuir uma estimativa ao valor de bens não disponíveis no mercado, a exemplo do valor da vida estatística. Nesse intuito, apresentam-se duas metodologias para tal cálculo: a primeira, denominada preferências reveladas, adota analogicamente os preços de mercado para extrair os valores compensatórios que serão atribuídos à redução dos riscos; a segunda técnica, denominada preferências declaradas, aplica estudos de avaliação contingencial e consultas públicas hipotéticas para aferir o valor que as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir determinados riscos.

A partir da análise de casos concretos, tenciona-se demonstrar que os estudos de preferências reveladas e de preferências declaradas, notadamente da avaliação contingencial, têm produzido informações úteis e estimativas confiáveis o suficiente para avaliação inicial dos danos em processos judiciais, incluindo o valor que se pode atribuir à perda do valor do uso passivo.

Ainda no segundo capítulo, partindo-se da premissa de que, no processo da tomada da decisão pública, os governos devem beneficiar-se de todas as ferramentas disponíveis para garantir a melhor decisão possível e, portanto, na avaliação das decisões públicas, não podem confiar exclusivamente em uma técnica específica, são apresentadas e analisadas vantagens e desvantagens das seguintes técnicas alternativas à análise do custo-benefício: análise do custo-eficácia, avaliação intuitiva, análise de viabilidade tecnológica e análise do bem-estar.

Por fim, ciente de que o processo de implementação de políticas públicas não tem a mesma precisão das ciências exatas, de modo que qualquer mecanismo legal de efetivação terá suas imperfeições, são exploradas as principais limitações ao uso da análise do custo-benefício. Nesse espaço, discorre-se sobre a dificuldade em coletar as informações necessárias para a monetização dos impactos, as objeções morais à aplicação da taxa de desconto social e a dificuldade na avaliação dos

riscos globais de prejuízos irrecuperáveis e catastróficos ao meio ambiente. Outrossim, reitera-se outros desafios à aplicação do procedimento, como a alegada incomensurabilidade de determinados bens e valores existenciais e a dificuldade de incorporação de fatores externos ao bem-estar – a exemplo da equidade na distribuição de riqueza, na justiça e nos valores morais.

No que concerne à disponibilidade aos agentes políticos das informações necessárias à precisão da monetização e da qualificação dos impactos decorrentes das decisões públicas e à obtenção de resultados confiáveis, é certo que informações incompletas ou insuficientes representam um problema devastador na avaliação dos custos e dos benefícios das decisões públicas. Nesse cenário, com base na doutrina de Cass Sunstein, são apresentadas as seguintes propostas para a coleta de informações dispersas em sociedade necessárias à avaliação das consequências das decisões públicas: participação popular, análise retrospectiva das normas – a qual poderá resultar na alteração dessas normas ou no aperfeiçoamento da análise prospectiva – e experimentos aleatórios controlados oriundos da economia comportamental.

Apontam-se métodos e iniciativas de alguns países na implementação de cada uma dessas propostas. O uso das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) é proposto para a instrumentalização das convencionais ferramentas de participação popular no processo da tomada de decisão pública – audiências públicas e consultas públicas –, e são relatadas as iniciativas e as experiências de diversos países nessa seara, como o bloco formado por mais de 65 países (*Open Government Partnership*) no intuito de assegurar a participação de todas as pessoas, de maneira equitativa e sem discriminação, no processo de formulação das decisões públicas. Ainda, é enfatizada a importância e a necessidade de os países desenvolverem mecanismos que permitam as análises retrospectiva e prospectiva das normas a partir da experiência relatada pela OCDE no território de seus países membros, bem como as iniciativas desenvolvidas nos Estados Unidos e na Inglaterra.

No tocante aos experimentos aleatórios controlados, originariamente utilizados para evidenciar as relações de causa-efeito de intervenções farmacêuticas em saúde, demonstra-se que atualmente despontam como uma ferramenta importante para os governos lidarem com o problema da insuficiência de informações, na medida em que conferem maior precisão às estimativas acerca das

consequências das leis e das regulações. Relata-se a experiência da Inglaterra na criação do *Behavioural Insights Team* (BIT), uma instituição governamental que visa incorporar resultados obtidos nas ciências comportamentais à avaliação dos impactos das decisões públicas, e a recente formação do *Social & Behavioral Sciences Team*, em 2015, pelo governo dos Estados Unidos, a fim de acrescentar informações extraídas da economia comportamental e da psicologia à formulação das políticas públicas e melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados para a população.

Em seguida, discorre-se sobre os dilemas éticos que envolvem a equidade intergeracional e a aplicação da taxa de desconto na avaliação das políticas públicas que geram efeitos em distintos momentos, ou seja, quando os benefícios e os custos da atuação governamental não são custeados e usufruídos ao mesmo tempo pelas mesmas gerações. O procedimento analítico padronizado para comparar esses benefícios e esses custos no tempo consiste em descontar os benefícios e os custos futuros monetizados depois de convertidos para o seu valor atual, de maneira que o peso que se atribui aos impactos que ocorrem em distintos momentos é determinado pela taxa de desconto utilizada. As críticas de substrato moral alegam que as gerações atuais possuem uma obrigação moral para com as futuras gerações que as torna responsáveis pela redução dos riscos futuros de perdas inestimáveis e irrecuperáveis, pelo que descontar os benefícios futuros na avaliação das opções de investimentos de recursos públicos ocasiona a inequidade intergeracional.

As críticas à aplicação da taxa de desconto são refutadas com argumentos pautados principalmente na doutrina de Cass Sunstein, Arden Rowell, Matthew Adler, Eric Posner, Kenneth Arrow e outros dez renomados economistas, bem como é enfatizado que, para se evitar que sejam subestimados os impactos que ocorrerão em um futuro distante, o percentual da taxa de desconto deve ser proporcionalmente inferior à extensão do período durante o qual os impactos serão gerados.

Por fim, são examinados alguns desafios específicos à análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos riscos de impactos ambientais globais, cujos efeitos são potencialmente catastróficos, irreversíveis e perpetuados por séculos, a exemplo dos efeitos relativos ao aquecimento global, à preservação da biodiversidade, aos serviços ecossistêmicos ou aos acidentes nucleares. A análise do custo-benefício da atuação governamental para a redução desses riscos específicos é particularmente complexa, visto que se trata de um problema global, a

ser enfrentando sob a ótica das relações internacionais, as quais inevitavelmente envolvem a avaliação de interesses políticos. Tais riscos específicos são mais suscetíveis de comprometerem a equidade intergeracional e internacional, e é bastante elevado o grau de incerteza e imprecisão em relação às informações científicas e econômicas sobre a potencialidade e a probabilidade dos efeitos nefastos ao meio ambiente.

Nesse cenário, ressalta-se uma das práticas mais criticadas e difundidas entre diversos países a fim de instrumentalizar a análise do custo-benefício e permitir que os custos da restrição à poluição possam ser comparados com os custos dos impactos da degradação do meio ambiente, como o aquecimento global e as mudanças climáticas: a monetização dos prováveis efeitos da emissão do monóxido de carbono, um dos principais gases de efeito estufa. Para tanto, atribui-se um determinado valor social à poluição gerada pela emissão desse poluente a fim de estimar o valor dos prejuízos causados pela emissão de cada tonelada no ambiente, o que se convencionou denominar valor social do carbono. Destacam-se as principais críticas à atribuição da estimativa de um valor monetário à emissão de tal poluente e algumas ações voltadas à proteção do meio ambiente adotadas por países com base na estimativa do valor social do carbono, a exemplo do *Clean Power Plan*, lançado em julho de 2015 nos Estados Unidos. Pretende-se demonstrar que os principais e mais preocupantes aspectos comuns entre os maiores riscos ao meio ambiente não legitimam a atuação pública voltada à redução desses riscos desvinculada da ponderação dos custos e dos benefícios.

No terceiro capítulo, é inicialmente explorada a proposta da análise econômica do Direito da ponderação dos custos e dos benefícios como instrumento ao alcance da eficiência na alocação de recursos e na definição de institutos jurídicos e titulares de direitos nos mais diversos campos do Direito. Nesse contexto, faz-se um estudo da abordagem econômica no estudo das indenizações decorrentes de ilícitos civis propostas por Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi. Defende-se, com base na doutrina de Guido Calabresi, juiz federal da Corte de Apelações do 2º Circuito dos Estados Unidos e um dos mais proeminentes representantes da Escola de Yale na análise econômica do Direito, que a definição de direitos como uma maneira de garantir a eficiência na alocação de recursos somente será desejável se for consistente com os objetivos distributivos socialmente prevalentes.

De outro lado, no que tange à interpretação da estrutura normativa do ordenamento jurídico, demonstra-se que, diferentemente do procedimento aplicado na tomada de decisões administrativas e legislativas, os juízes não dispõem de uma metodologia para calcularem e avaliarem os custos e os benefícios envolvidos na interpretação dos dispositivos legais. Defende-se que a análise do custo-benefício nas decisões judiciais não possui os atrativos que a justificam como procedimento de decisão legislativa ou administrativa, de modo que inevitavelmente está fadada a ser realizada de modo subjetivo e fundamentada nas intuições, nos palpites e nos pressentimentos dos juízes.

Na sequência, discorre-se acerca da importância e dos limites do controle jurisdicional das políticas públicas, questão central ao desenvolvimento, ao aperfeiçoamento e à consolidação da análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas administrativas e legislativas que, em última instância, importam na implementação das políticas públicas. Tenciona-se evidenciar que o controle jurisdicional é fundamental para garantir que as agências reguladoras atuem em conformidade com as finalidades e as diretrizes legais pelas quais foram criadas e estão autorizadas a atuar e assegurar que o legislador observe a ordem de prioridade na consecução das políticas públicas, destine os recursos públicos às políticas públicas mais eficientes e possa ser responsabilizado quando assim não o fizer.

No que se refere às limitações do controle jurisdicional das políticas públicas, discute-se as questões: da afronta à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva; do déficit contramajoritário; da limitação da capacidade técnica ou institucional do Judiciário para lidar com a escassez e a alocação de recursos públicos; dos efeitos sistêmicos não desejáveis decorrentes das decisões judiciais. Objetiva-se elucidar que a extensão e os efeitos dessas limitações influenciam sobremaneira a formação do entendimento jurisprudencial sobre a análise do custo-benefício como procedimento de decisão pública.

No que concerne à contribuição da jurisprudência federal norte-americana para a moldura e o aprimoramento do procedimento da análise do custo-benefício, tem-se que, nos últimos 35 anos, período em que, desde a Ordem Executiva 12291 de 1981, as agências federais são obrigadas a realizar a análise do custo-benefício nas regulações de efeitos substanciais, diversas questões cruciais à padronização das regras do procedimento de avaliação dos impactos das regulações foram

judicializadas perante as Cortes Federais e a Suprema Corte. Nesse cenário, analisa-se a evolução das decisões paradigmáticas da Suprema Corte para a consolidação da *common law* federal sobre a análise do custo-benefício, a exemplo da doutrina da deferência ao administrador na interpretação das lacunas e das ambiguidades implicitamente deixadas pelo Congresso nos estatutos legais oriunda do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), e os quatro julgados específicos sobre a análise do custo-benefício: *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001); *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U.S. 208, 222 (2009); *EPA v. EME Homer City Generation, L.P.*, 134 S. Ct. 1584, 1607 (2014); *Michigan v. Environmental Protection Agency* 135 S. Ct. 2699 (2015).

Outrossim, algumas decisões importantes das Cortes Federais – *Corrosion Proof Fittings v EPA* 947 F.2d 1201 (1991); *American Dental Association v Martin*, 984 F.2d 823, 825-26 (1993); *Biological Diversity v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin.*, 538 F.3d 1172, 1198-1204 (2008); *Chamber of Commerce v SEC*, 412 F.3d 133 (D.C. Cir. 2005); *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011) – são também abordadas, por representarem um verdadeiro e crescente entusiasmo judicial contemporâneo pela análise do custo-benefício.

Por fim, no tocante à jurisprudência brasileira, evidencia-se que a ausência da previsão legal de um procedimento formal para avaliação dos impactos das regulações e das legislações dificulta a judicialização das questões que envolvem o enfrentamento das consequências das decisões públicas. Não obstante, pretende-se demonstrar, a partir da jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal, que o Poder Judiciário aprecia tais questões sob diferentes perspectivas, notadamente por intermédio dos testes de proporcionalidade e razoabilidade das normas e de argumentos consequencialistas.

A linha de argumentação jurisdicional que tem prevalecido nessas questões preza as consequências das decisões judiciais e é condizente com um pensar pragmático do Direito, de acordo com o qual os institutos jurídicos são interpretados à luz das realidades social, política e cultural vivenciada por uma sociedade em determinado momento. Nesse intuito, aborda-se a complexa questão do uso e da comercialização do amianto e a cambiante jurisprudência do STF sobre o assunto, notadamente por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI nº 3.557 contra lei estadual do Rio Grande do Sul (Lei nº 11.643/01), ADI nº 3.406

contra a lei estadual do Rio de Janeiro (Lei nº 3.579/01), ADI nº 3.937/2007 contra lei estadual paulista (Lei nº 12.684 /07) e ADI nº 4.066 contra o artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/95. Embora tais ADIs ainda não tenham sido julgadas no mérito, analisam-se os votos proferidos pelos ministros Relatores nos julgamentos em conjunto para revelar a crescente tendência da prevalência dos argumentos consequencialistas nas decisões judiciais.

Igualmente, são examinados diversos outros julgados em que se desvela que, paulatinamente, os argumentos consequencialistas que se prestam para fundamentar as decisões judiciais com base em seus efeitos sistêmicos indesejáveis e imprevisíveis no controle das políticas públicas estão também sendo invocados para justificar as decisões judiciais que envolvem a avaliação dos impactos das legislações e das regulações. Aspira-se demonstrar que o déficit legal da determinação de um procedimento de avaliação dos impactos específico a ser seguido na atividade legislativa e reguladora faz com que prevaleçam e sejam priorizados os argumentos consequencialistas de matriz pragmática na fundamentação das decisões do controle jurisdicional dessas políticas.

1 CONCEITO, BASE TEÓRICA E PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

1.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

A análise do custo-benefício como procedimento de avaliação a ser adotado na tomada de decisões públicas em sentido amplo, incluídos leis, regulamentos e decisões judiciais, está associada à doutrina da análise econômica do Direito (*Law and Economics*), segundo a qual o Direito é interdisciplinar e o contexto social, cultural e econômico é relevante na criação, na interpretação e na aplicação do Direito.¹

O surgimento do movimento da análise econômica do Direito foi propiciado pela doutrina do Realismo Jurídico norte-americano.² No início do século XX, predominava na academia jurídica o pensamento jurídico clássico, também conhecido por doutrinalismo ou formalismo langdelliano, o qual defendia a autonomia do Direito como ciência livre de julgamento, com soluções predeterminadas para todos os casos possíveis por intermédio de métodos objetivos dentro de um sistema lógico fechado. Consoante o doutrinalismo, os princípios gerais do Direito deveriam ser extraídos de precedentes, dos quais sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuros específicos.³

O Realismo Jurídico, desenvolvido no período entre 1920 e 1930, surgiu como movimento acadêmico de reação ao pensamento jurídico clássico.⁴

¹ O conceito de decisões públicas nesse contexto é irrestrito e abrange leis, regulamentações, contratos públicos, decisões judiciais, enfim, toda a decisão advinda de um dos Poderes da República, cujos efeitos afetam a todos indistintamente.

² A denominação Realismo Jurídico também é referente ao movimento nascido na Escandinávia. Na vertente americana, o movimento veio na sequência da escola sociológica, foi influenciado por ela, mas radicalizou alguns aspectos, especialmente em sua crítica ao formalismo jurídico. O Realismo Jurídico não constitui propriamente uma “Escola” jurídica, mas sim um “movimento”, pois não foi integrado por um grupo de juristas identificados por um credo comum e um programa unificado. Cf. FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Tremarin. **Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico** – a Filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. No prelo.

³ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão**. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 16-18. O pensamento jurídico clássico ou formalismo langdelliano é associado a Christopher Columbus Langdell, diretor da Universidade de Harvard no período de 1870 a 1895.

⁴ O maior expoente do Realismo Jurídico é Oliver Wendell Holmes, professor de Harvard e juiz da Suprema Corte no período de 1902 a 1932, para quem o estudo do Direito deveria focar os

Possibilitou o intercâmbio interdisciplinar no estudo do Direito e uma aproximação do Direito com a realidade social, abrindo espaço para o fortalecimento de várias escolas do pensamento jurídico, focadas em uma abordagem mais pragmática do Direito. Entre elas o movimento da análise econômica do Direito, como ciência que se utiliza de teorias econômicas para prever as consequências de normas jurídicas, as quais devem sujeitar-se a investigações empíricas.⁵

A análise econômica do Direito foi inicialmente aplicada em áreas do conhecimento jurídico nas quais se faz necessária a análise de mercado para a regulamentação legal, áreas em que o Direito adota conceitos econômicos implícitos, como o direito antitruste, os direitos das corporações, os tributos, as patentes e a securitização. No entanto, a nota distintiva do movimento da análise econômica do Direito surgido na década de 1960 é a aplicação das teorias e dos métodos empíricos da economia nas instituições centrais do sistema legal, incluindo doutrina da responsabilidade (negligência), contratos, propriedade, criminal, processo civil, criminal e administrativo, teoria da legislação, execução de ordem judicial e administração da justiça.⁶

Dois expoentes marcaram essa passagem: Ronald Coase, com seu célebre artigo sobre o problema dos custos sociais, e Guido Calabresi, ao tratar da responsabilidade civil utilizando-se de uma perspectiva econômica independente de Coase. Escreveu vários artigos e um livro sobre os custos do acidente.⁷

objetivos sociais a que se propõe. Para Posner, a máxima de Holmes “a vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência” (*The life of the law has not been logic: it has been experience*) poderia ser o *slogan* do pragmatismo legal, compreendendo “lógica” como formalismo e “experiência” como empirismo. Holmes era amigo de James Peirce e outros pragmatistas, o que explica sua perspectiva filosófica ser fortemente pragmática. Cf. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Traduzido por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 57.

⁵ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. O Realismo Jurídico possibilitou também a ascensão do movimento Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), segundo o qual o Direito é política e a assertiva caracteriza o núcleo conceitual do movimento. Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

⁶ POSNER, Richard A. The economic approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, p. 757-782, 1975. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷ O economista Aaron Director, professor da Universidade de Chicago, a qual hoje é reconhecida como o lar intelectual da análise econômica do Direito, da mesma maneira que Harvard representava a tradição Langdelliana, e Yale e Columbia representavam o Realismo Jurídico, era o editor do *Journal of Law and Economics*, no qual Coase publicou o célebre artigo *The Problem of Social Cost* em 1960, consagrando a análise econômica para além das áreas de Direito empresarial, societária e tributária. Cf. GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência**

Coase desenvolveu um famoso teorema, conhecido por Teorema de Coase, enfatizando que os custos de transação⁸ devem ser computados em todas as transferências, e deduziu que a lei de indenizações inglesa possuía uma lógica econômica, o que permitiu que outros escritores generalizassem esse *insight* para argüirem que doutrinas e institutos do sistema legal são melhor compreendidos e explicados como um esforço para promoverem uma alocação de recursos mais eficiente.⁹

A contribuição de Gary Becker foi igualmente marcante, visto que possibilitou a aplicação da economia para além dos sistemas legais tratados por Calabresi e Coase.¹⁰

Richard Posner, juiz federal da Corte de Apelações da Sétima Circunscrição e Professor da Universidade de Chicago, foi fundamental para o reconhecimento da análise econômica do Direito como disciplina jurídica. Posner fundou o *Journal of Legal Studies* em 1972, respeitado instrumento de propagação do movimento. Publicou mais de 30 livros sobre a temática, entre eles o tratado *Economic Analysis of Law*, até hoje referência no assunto, importância evidenciada pela publicação de sua nona edição em 2014.¹¹

transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 32.

⁸ A celeuma sobre quem teria utilizado pela primeira vez a expressão “custos de transação” é destacada por Bruno Salama, que, a despeito da controvérsia, conceitua custos de transação como os custos que cada indivíduo, firma ou organização incorre ao se relacionar com outros indivíduos. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia:** texto escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

⁹ O Teorema de Coase – ou “negociação coaseana” – surge como crítica à concepção de Arthur Pigou de que os custos externos devem ser internalizados pela imposição de pagamentos de indenizações pelos responsáveis pela redução na quantidade economicamente eficiente. Coase enfatizou os efeitos de incentivos nas supostas vítimas das externalidades, no intuito de demonstrar a relação de reciprocidade entre o responsável pelo dano e a vítima. Cf. GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico:** o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 32.

¹⁰ A análise econômica do Direito ganhou reconhecimento em 1991 e em 1992, quando Ronald Coase e Gary Becker ganharam, respectivamente, os prêmios Nobel da Economia.

¹¹ José Vicente Mendonça enfatiza que, nos Estados Unidos, o doutrinalismo langdelliano foi enfraquecido pela vitória relativa do Realismo associada à popularização do movimento da análise econômica do Direito. Assim que atualmente as universidades de Direito norte-americanas conhecem a interdisciplinaridade entre Direito e economia, ciência política, psicologia etc. A noção de impossibilidade do Direito como um saber autônomo é tão arraigada que, salvo raríssimas exceções, não há doutorado científico em Direito nos Estados Unidos. No Brasil, a formação jurídica segue o padrão europeu de academia e prática jurídica, ainda mais focada no

Nos Estados Unidos, os impactos da análise econômica do Direito foram sentidos para além do ensino universitário, de modo que o movimento influenciou a prática legal, direcionou a implementação das políticas públicas e se fez presente no âmbito do Judiciário. O movimento desregulatório de 1970, por exemplo, empregou a doutrina da análise econômica do Direito para promover importantes alterações na legislação norte-americana referente aos preços e às rotas das companhias aéreas e também à malha rodoviária. As alterações da lei antitruste nas décadas de 1970 e 1980 igualmente se fundamentaram nos argumentos intelectuais do movimento, e a reforma do sistema penal nas Cortes Federais utilizou explicitamente a doutrina da disciplina da análise econômica do Direito. Outrossim, ilustres professores na área da análise econômica do Direito foram nomeados juízes federais, fortalecendo o movimento no âmbito do Poder Judiciário.¹²

O movimento ultrapassou as fronteiras dos Estados Unidos apenas a partir da metade dos anos 1970, quando foi reconhecido na Austrália, no Canadá, na Inglaterra e na Suécia. Na Inglaterra, em 1981, foi lançada a *Revista Internacional de Direito e Economia*, corroborando os fundamentos da análise econômica do Direito. Na Alemanha, a partir de 1980, foram publicados inúmeros livros e artigos relativos à temática. Semelhante fenômeno ocorreu na França, na Itália, na Bélgica e nos Países Baixos.¹³

Atualmente, o reconhecimento do movimento como escola de teoria de Direito é atestado pela multiplicidade e pela variedade de cursos universitários,

doutrinalismo e na ciência autônoma do Direito. Todavia, há que se reconhecer que a doutrina jurídica norte-americana tem influenciado cada vez mais o direito pátrio, fato é que pipocam Brasil afora cursos e especializações. Cf. MENDONÇA, José Vicente. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014. p. 187-188.

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 2-3. Stephen Breyer nomeado *Justice* da Supreme Corte; Richard A. Posner e Frank Easterbrook nomeados juízes da Corte de Apelações do 7º Circuito; Guido Calabresi nomeado juiz da Corte de Apelações do 2º Circuito; Douglas Ginsburg e Robert Bork nomeados juízes da Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Colúmbia; e Alex Kozinski nomeado juiz da Corte de Apelações do 9º Circuito.

¹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Traduzido por Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16. A expansão do movimento após 1982 propiciou o surgimento de diversas correntes de pensamento para além da Escola de Chicago, a qual é reconhecida como a precursora e principal. A saber, surgiram os institucionalistas, os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca (cujo principal nome é Frederich Hayek), a Escola ligada às normas sociais (associada a Ellickson e Eric Posner) e as Escolas filiadas ao Direito e à economia comportamental. A diversidade de pensamento foi essencial à ampliação e à consolidação do movimento como uma das principais escolas de teoria do Direito.

organizações e associações focadas na análise econômica do Direito em todos os continentes do mundo.

Susan Rose-Ackerman, ao discorrer sobre o fenômeno expansionista do movimento, aponta que, no segundo período pós-guerra, novos aprendizados na análise econômica das políticas públicas e da avaliação político-econômica dos processos de decisões públicas e alterações legais daí decorrentes propiciaram a revisão judicial e doutrinária da concepção das atribuições dos três poderes. Essa evolução conjunta no mundo das ideias e no campo das políticas práticas exaltou a promessa da doutrina da análise econômica do Direito baseada nos *insights* da economia política.¹⁴

A análise econômica do Direito visa a aprimorá-lo, explicando e prevendo o comportamento das pessoas perante ele e apontando em quais circunstâncias a legislação ou as políticas públicas produzem consequências involuntárias ou indesejáveis para a eficiência econômica, a distribuição de renda e a maximização da riqueza. É estudada sob dois níveis epistemológicos: positivo e normativo.

O aspecto positivo descreve o fenômeno jurídico a partir de critério e metodologia econômicos e trata das repercussões do Direito no mundo dos fatos. O aspecto normativo, por seu turno, explora a comunicação entre a noção de justiça e conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e bem-estar, a fim de propor que o processo de interpretação constitutiva do Direito fundamente-se por critérios de eficiência.¹⁵

A análise econômica do Direito tem por base os princípios da microeconomia, segmento da economia baseado no estudo do comportamento de indivíduos ou pequenos grupos – como famílias, clubes e empresas – no tocante à tomada de

¹⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. **Faculty Scholarship Series**, Paper 598, p. 341-368, 1988. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/598>. Acesso em: 15 dez. 2015. Por exemplo, a novel legislação regulamentadora da poluição ambiental, da segurança e da saúde envolve complexas questões sociais e científicas, as quais geram novos questionamentos acerca da responsabilidade pública e da competência nos três poderes.

¹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: texto escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-13 e GOLDBERG, Daniel K. Controle de políticas públicas pelo judiciário: Welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Orgs.). **Regulação e concorrência no Brasil**: governança, incentivos e eficiência. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 43-82. p. 50. Salama descreve que a “disciplina” Direito e Economia surge de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. A economia política propõe-se a estudar a regulação e a intervenção do Estado nos mercados. O realismo jurídico surgiu nos Estados Unidos e na Escandinávia, na primeira metade do século XX, sendo que visava estudar as leis como de fato funcionam, e não como previstas nos códigos e nos livros.

decisões referentes à alocação e à escassez dos recursos disponíveis.¹⁶ Três conceitos da teoria da microeconomia são fundamentais à compreensão da análise econômica do Direito: maximização, equilíbrio e eficiência.

Indivíduos, assim como agentes econômicos, sempre farão escolhas que melhor atendam aos seus interesses pessoais. É assim que consumidores maximizam utilidade, empresas maximizam lucros, políticos maximizam votos e instituições de caridade maximizam bem-estar. A escolha da melhor alternativa permitida pela escassez de recursos é descrita matematicamente como maximizar.¹⁷ Destarte, a formulação de quaisquer teorias normativas deve partir da premissa de que os indivíduos analisam os custos e os benefícios de suas decisões. Nessa perspectiva, a incumbência da análise econômica do Direito é explorar as implicações de assumir o ser humano como maximizador racional de suas satisfações.¹⁸

A interação entre os indivíduos maximizadores fará com que realizem trocas, até que os custos e os benefícios de cada operação sejam equivalentes, resultando no ponto de equilíbrio, somente modificável com a intervenção de forças externas. De tal princípio extrai-se uma analogia para o Direito: da mesma maneira que o

¹⁶ A célebre definição do economista inglês Lionel Charles Robbins resume o objetivo da microeconomia: “Economia é a ciência que estuda o comportamento humano e a relação entre os resultados e os recursos escassos passíveis de utilizações alternativas”. ROBBINS, Lionel Charles. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan, 1932. Disponível em: <<https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 15.

¹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 10. Assim como é possível classificar as preferências individuais, pode-se classificar as alternativas possíveis de alocação de recursos públicos. A classificação das melhores opções é denominada na economia “função de utilidade”, e a restrição incidente sobre as escolhas é expressa como “restrição viável”. Escolher a melhor alternativa que a escassez dos recursos permitir significa maximizar a função de utilidade sujeita às restrições viáveis.

¹⁸ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2014. Posner reconhece que nem todos concordam com a concepção de economia como ciência da escolha racional. Os céticos incluem dois grandes economistas ingleses: Ronald Coase e John Maynard Keynes. Coase um microeconomista e contrário à intervenção estatal, Keynes um macroeconomista e defensor da regulação para lidar com as falhas de mercado, mas ambos adotam metodologias similares. Para Coase, o modelo racional de comportamento humano é desnecessário e enganador; é cético quanto aos métodos empíricos estatísticos usados na economia moderna, prefere o estudo do caso. Keynes, como Coase, prefere ser realista sobre a tomada de decisões a explorar até onde um economista pode chegar assumindo que as pessoas fundamentam todas as suas decisões numa análise do custo-benefício. Desvios cognitivos (biases) ou a falácia dos custos irrecuperáveis (*sunk cost fallacy*) são fatores que comprovam que nem sempre as escolhas são feitas racionalmente, mas nem por isso invalidam a teoria da escolha racional.

mercado inerte reage a incentivos governamentais, os indivíduos reagem às leis que regulamentam a sociedade.

A relação entre eficiência atrelada à maximização de riqueza e bem-estar e o Direito dar-se-á de acordo com a concepção que se adotar de eficiência e maximização de riqueza, e é importante para a definição dos objetivos da análise do custo-benefício. Nesse sentido, interessa ao estudo da análise do custo-benefício a concepção proposta pela economia do bem-estar¹⁹, segundo a qual o critério da eficiência deve ser uma diretriz para a maximização de riqueza e bem-estar por meio da melhor alocação de recursos escassos a custos mínimos de transferência (minimização dos custos sociais).

Em verdade, a maximização de riqueza para a análise econômica do Direito assume diferentes enfoques, a saber: representa o princípio fundamental ou a fundação ética do Direito; exerce o papel de possível objetivo a ser alcançado; pode ser compreendida em um contexto amplo de estudo do moderno Estado de bem-estar, em que os institutos jurídicos são concebidos como instrumentos integrantes de políticas públicas.²⁰

A maximização de riqueza como fundação ética do Direito é a concepção inicial de Posner e foi duramente rechaçada no mundo jurídico. O próprio Posner desacreditou essa abordagem e atualmente insere a maximização de riqueza no

¹⁹ A economia do bem-estar é o ramo da teoria da microeconomia que explora como as decisões de muitos indivíduos e de muitas empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo. Preocupa-se com as grandes questões das políticas públicas, a exemplo do aparente conflito entre eficiência e justiça e da eventual necessidade de regulamentar o mercado para maximizar o bem-estar. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 37-38.

²⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: texto escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-35. Para Rose-Ackerman, a concepção de maximização de riqueza está atrelada à escola da análise econômica do Direito. A maximização de riqueza como princípio fundamental do Direito provém da escola de Chicago. Sem associar à escola, destaca uma segunda concepção da maximização de riqueza como propiciadora da estabilidade, no sentido de que a definição do direito de propriedade promove eficiência e crescimento econômico. Uma terceira concepção proposta pela escola de Virgínia emprega a teoria da escolha pública no cenário constitucional para demonstrar as insuficiências do governo. Por fim, elenca uma quarta ênfase, a qual teria ínfimo impacto no pensamento legal, baseada na teoria de Gary Becker de que todas as leis são ótimas, ou seja, em razão dos custos de transação, todas as barganhas políticas e econômicas que valem a pena são de fato realizadas. Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. **Faculty Scholarship Series**, Paper 598, p. 341-368, 1988. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/598>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 342.

contexto do pragmatismo legal, no qual a maximização de riqueza é vista como um objetivo a ser alcançado pelo Direito.²¹

Nesse prisma, o pragmatismo jurídico defendido por Posner, por vezes denominado pragmatismo cotidiano, está relacionado ao pragmatismo filosófico²², e, embora Posner os diferencie²³⁻²⁴, reconhece que possuem algumas aplicações diretas em comum no Direito e nas políticas, a exemplo do consequencialismo, um dos pilares do pragmatismo filosófico. Contudo, o pragmatismo legal de Posner não se confunde com o consequencialismo utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, pois avaliar as consequências das decisões judiciais não significa necessariamente avaliar as ações pelo valor de suas consequências. A preocupação com os impactos das decisões públicas, particularmente no que concerne ao bem-estar, não significa o comprometimento com a dogmática do utilitarismo, de modo que Posner prefere “razoabilidade” a “melhores consequências” como padrão para avaliar decisões de forma pragmática.²⁵

²¹ POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 356. Sobre a definição de riqueza como um valor, ver o embate travado entre Dworkin e Posner notadamente nos dois artigos: DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, Local, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980. Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015; POSNER, Richard A. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 243-252, mar. 1980.

²² O delineamento das bases do pragmatismo filosófico é atribuído a três autores norte-americanos. Os artigos de Charles Sanders Peirce de 1878, *The Fixation of Belief* e *How to Make Our Ideas Clear*, lançaram a ideia do pragmatismo. O artigo *Philosophical Conceptions and Practical Results*, publicado em 1898 por William James, popularizou e difundiu o termo pragmatismo. Por fim, a Escola do Pensamento Pragmatista, capitaneada por John Dewey, foi fundamental para o pragmatismo tornar-se a principal tendência da filosofia norte-americana. No entanto, apenas no final do século XX, o movimento do pragmatismo ultrapassou a filosofia para abranger as ciências sociais (sociologia e ciência política), do Direito e da literatura. Os elementos constitutivos do pragmatismo filosófico são: antifundacionalismo (no sentido de ser apenas um método de pensamento, sem dogmas, sem doutrina), consequencialismo (método empírico e experimentalista: as consequências práticas como critério de escolha das diferentes possíveis interpretações) e contextualismo (experiência humana, crenças, valores e tradições são fundamentais para o resultado das investigações científicas e filosóficas). Cf. POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 10-14.

²³ Para Posner as diferenças entre o pragmatismo filosófico e o cotidiano são institucionais. O primeiro é um discurso acadêmico, técnico, metodológico, expresso numa linguagem confusa, enquanto o pragmatismo cotidiano reflete uma postura prática de “resolvedor de problemas”. Cf. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Traduzido por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 51.

²⁴ Sobre a utilidade do pragmatismo filosófico para o debate sobre o pragmatismo jurídico, enaltecendo as diferenças entre as perspectivas de Richard Posner, Thomas Grey e David Luban, José Vicente de Mendonça conclui que o pragmatismo jurídico é fortalecido quando sua defesa se fizer precedida de uma introdução ao pragmatismo filosófico. Cf. MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 46-51.

²⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Traduzido por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 51-53. Os juízes devem decidir visando a produção das

O pragmatismo legal de Posner é caracterizado por ser eclético, contextual, antiformalista, retórico, adotar a racionalidade como critério de decisão, exigir a consideração das consequências sistêmicas – e não apenas específicas ao caso – e priorizar o método empírico para a tomada de decisões.²⁶ Tais características propiciam a utilização do procedimento da análise do custo-benefício para a consecução das finalidades do pragmatismo jurídico.

A concepção de eficiência para a maximização de riqueza adotada pela economia do bem-estar está associada à abordagem defendida por Guido Calabresi, consoante a qual a eficiência jamais poderia ser a fundação do Direito, refletida na ideia de que os sistemas legais somente contribuem para a maximização de riqueza e a redução de custos sociais se forem justos.²⁷ Nesse enfoque, a eficiência como único critério a justificar a maximização de riqueza não é suficiente para legitimar toda e qualquer decisão pública, porquanto não se sobrepõe a todos os valores da sociedade e, por vezes, terá que ceder.

As concepções de eficiência e maximização de riqueza da análise econômica do Direito são cruciais para a análise do custo-benefício enquanto técnica procedimental à disposição dos formuladores de políticas públicas, incluindo o Poder Judiciário, para a tomada das decisões públicas eficientes e bem informadas na

consequências mais razoáveis, considerando todas as variáveis relevantes para o caso, mormente os efeitos sistêmicos da decisão equivalentes aos efeitos para o sistema jurídico como um todo: a importância de se preservar a generalidade, a previsibilidade, a segurança jurídica, etc. No entanto, por razões práticas e jurisdicionais, não se exige ou se permite que o juiz considere todas as possíveis consequências de suas decisões.

²⁶ São características do pragmatismo jurídico de Posner: a) eclético – utiliza várias teorias sem maiores preocupações com consistências; b) instrumental – as normas e a teoria jurídicas são instrumentos para um fim; c) contextual – o contexto é importante; d) antiformalista – a norma não tem um fim em si mesma, mas deve ser adotada para preservação de valores socialmente percebidos como importantes ao Direito; e) empírico – as experiências e as ciências experimentais são importantes para a aplicação do Direito; e f) retórico – livre das amarras do discurso formal e formalizante do Direito. Apud MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 440.

²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: texto escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-45. Calabresi, maior expoente da Escola de Law and Economics de YALE, propõe o problema da maximização de riqueza e da redução de custos sociais no contexto da atuação do Estado Regulatório na consecução das políticas públicas. Defende que a análise do custo-benefício não deve ser o único critério a ser considerado nas decisões públicas que envolvem a vida humana. Busca contemporizar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. Salama anota que, embora Calabresi não se assuma pragmatista, segue a lógica do pragmatismo de Posner, de modo que se diferenciam mais pela ideologia política adotada que pelo substrato teórico. De qualquer sorte, a divisão em escolas da análise econômica do Direito justifica-se por motivos históricos, porquanto atualmente doutrinadores da disciplina não seguem uma única escola.

alocação dos escassos recursos públicos. Por consequência, questões críticas à teoria normativa da análise econômica do Direito são comuns à análise do custo-benefício justamente em função da adoção de tais conceitos como elementos-chave ao desenvolvimento da disciplina.

O critério da eficiência como diretriz na análise do custo-benefício para a alocação de recursos escassos a custos mínimos de transferência é criticado por negligenciar a distribuição de renda e agravar problemas de inequidade social. Sob esse prisma, assumir o ser humano como maximizador racional de suas utilidades, satisfações ou bem-estar em substituição a critérios éticos jurídicos não atende aos objetivos de justiça social, na medida em que discrimina indivíduos menos favorecidos. Da mesma forma, a análise econômica do Direito é criticada por ignorar a “justiça”, conceituada por vezes como justiça distributiva e outras vezes por eficiência.²⁸

No entanto, sobre essa objeção, Posner afirma haver uma nítida conexão entre as concepções de eficiência e justiça, tanto é que, quando as pessoas relatam uma situação injusta, a exemplo de uma desapropriação sem justa compensação ou uma condenação sem um julgamento adequado, querem dizer simplesmente que há um desperdício de recursos. O próprio conceito de enriquecimento injusto (ilícito) deriva da concepção de eficiência. No mundo real, em que os recursos são escassos, o desperdício deve ser visto como imoral.²⁹

A análise econômica do Direito também é criticada por expressar um viés conservador em questões de política econômica. A crítica tem origem na defesa de Posner da *common law* como o melhor mecanismo para obter a eficiência na alocação de recursos, o que deslegitimaria a intervenção legislativa para a proteção de grupos menos favorecidos.³⁰

²⁸ GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão.** Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 7.

²⁹ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2014. Realmente, na sociedade de recursos escassos e necessidades potencialmente ilimitadas, desperdiçar é a antítese da justiça, visto que significa assumir que necessidades humanas não foram previamente ponderadas, e, por esse prisma, toda decisão pública que não atenda à eficiência é, portanto, injusta.

³⁰ Bruno Salama argumenta que a associação frequente que se faz entre Direito e Economia – na dimensão normativa – e conservadorismo político é incorreta: “O pensamento conservador se manifesta na teoria jurídica moderna principalmente em conjunção com versões platônicas,

No mesmo sentido, é atribuído à análise do custo-benefício um viés ideologicamente conservador, ao ser associada a instrumento de concretização do movimento desregulatório, o qual dominou a política norte-americana e de vários outros países no período de 1970 a 1980.

Com efeito, o modelo de intervenção do Estado amplo, caracterizado pela intervenção governamental na economia e na promoção de direitos sociais e econômicos, foi dominante no cenário mundial após o segundo período pós-guerra. Não obstante, ao final dos anos 1970, havia um consenso geral de que a inflação, a estagnação econômica e o desemprego que assolavam a economia global eram fruto do modelo do Estado amplo. Nesse cenário, o movimento de desregulação dos mercados, de desestatização e de redução do déficit público surge como resposta ao esgotamento do modelo de Estado intervencionista notadamente na Inglaterra, com a eleição do partido conservador de Margaret Thatcher, em 1979, e nos Estados Unidos, com a eleição de Ronald Reagan, em 1980.

A análise do custo-benefício foi originariamente normatizada na gestão presidencial de Reagan e foi de pronto associada aos objetivos do movimento desregulatório, como um instrumento impeditivo à atuação estatal, crítica até hoje invocada pelos oponentes do procedimento.³¹

Contudo, a crítica que atribui à análise do custo-benefício um viés conservador possui fundamentação meramente atrelada a fatos históricos. Nesse contexto, Richard Revesz e Michael Livermore ponderam que os grupos em tese favoráveis à intervenção governamental, a exemplo de ambientalistas, consumidores e a classe dos trabalhadores, rejeitam e recusam-se a participar do debate indispensável ao desenvolvimento do procedimento da análise do custo-benefício,

tradicionalistas e teleológicas do pensamento iluminista. [...] Da ótica pragmática, o Direito e Economia Normativo põe-se frontalmente contra esta visão. Em primeiro lugar, porque rejeita duas noções caras aos conservadores, a saber, a noção de possa existir um ordenamento normativo completo, coerente e livre de contradições e lacunas, e também a noção de que a atividade do profissional do Direito se restrinja à pura interpretação declarativa ou mecânica da norma. Em segundo, porque complementa a noção de norma como comando com a noção de norma como incentivo.” SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: texto escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 42.

³¹ Na Inglaterra, o procedimento da avaliação dos impactos das decisões públicas não está associado ao movimento desregulatório, pois foi introduzido apenas em 1997, com o surgimento do movimento denominado Better Regulation, o qual resultou na normatização do Regulatory Impact Assessment como instrumento de avaliação dos impactos das regulações.

de sorte que contribuem sobremaneira para eventual prevalência dos interesses conservadores na aplicação do procedimento.³²

Ademais, a crítica do viés conservador foi esvaziada nos últimos 35 anos, período em que a análise do custo-benefício foi sucessivamente encampada como instrumento voltado ao aperfeiçoamento e à qualidade das decisões públicas, assumindo importância ímpar no aparato legal referente à implementação das políticas públicas nos Estados Unidos.

Destarte, a teoria normativa da análise econômica do Direito, seus pressupostos e as principais objeções à disciplina são fundamentais à compreensão da análise do custo-benefício na almejada promoção da eficiência das decisões públicas, no sentido de possibilitar a maximização de riqueza e o bem-estar social, priorizando a minimização dos custos sociais, sem descuidar de questões atinentes à distribuição de renda e à equidade social.

1.2 A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO TÉCNICA DE APLICABILIDADE DOS CRITÉRIOS PARETO SUPERIOR E KALDOR-HICKS

A ponderação dos custos e dos benefícios decorrentes das decisões públicas é o método pragmático para assegurar a promoção do bem-estar, sobretudo para informar o propósito e o balanceamento realizado entre as várias alternativas viáveis à atuação governamental, possibilitar a avaliação de quando é válido proceder e identificar as oportunidades para a minimização dos custos de alcançar um objetivo social (custo-efetivo) e a maximização dos benefícios sociais (eficiência).

As origens da análise do custo-benefício estão na análise econômica do Direito, mais precisamente na economia do bem-estar, uma escola filosófica sensível às perspectivas pragmáticas e utilitaristas. Nesse aspecto, o Direito deve buscar melhorar a qualidade de vida das pessoas e incrementar o bem-estar geral, composto pela soma do bem-estar de cada indivíduo. A questão é: como definir e como mensurar o bem-estar?

Tradicionalmente, há três teorias que abordam a concepção de bem-estar. A teoria predominante e encampada pela economia do bem-estar compreende o bem-

³² REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 10-11.

estar como a satisfação das preferências individuais, de acordo com a qual a decisão pública incrementa o bem-estar quando for preferível ou desejável pelas pessoas. A segunda concepção está focada na ponderação entre bens dispostos em uma lista objetiva, como saúde, liberdade e dinheiro, para avaliação da decisão pública em relação ao bem-estar, e é preterida em razão de que não apresenta solução para os conflitos inerentes à ordem classificatória dos itens da lista. A terceira abordagem consiste nas teorias hedônicas e mensura o bem-estar com base no estado mental dos indivíduos, apresentando como ponto fraco o desrespeito à própria concepção individual sobre o bem-estar.³³

A análise do custo-benefício é a técnica para converter os impactos decorrentes de uma decisão pública em valores monetários e agregá-los em uma escala métrica monetária única. Opera da seguinte maneira: para cada pessoa afetada (positiva ou negativamente) calcula-se uma “variação compensatória”, estimada com base nas suas preferências, equivalente ao montante necessário para que assuma uma posição melhor do que a posição usufruída no *status quo*. Quando a soma das variações compensatórias for positiva, a decisão estará aprovada; caso contrário, rejeitada.³⁴

É centrada nas preferências individuais e perpassa pelas seguintes etapas: 1) classifica diversos resultados possíveis elegendo um resultado “x” como parâmetro para qualquer outro resultado “z”; 2) determina o valor monetário que cada pessoa está disposta a pagar (*willing to pay* [WTP]) pelo resultado “z” no lugar do resultado “x” (se este for melhor) ou disposta a aceitar (*willing to accept* [WTA]) pelo resultado “z” (se este for pior); 3) atribui a cada resultado um valor agregado equivalente à soma do que se está disposto a pagar; 4) classifica os resultados na ordem desses valores agregados.³⁵

³³ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. Rethinking cost-benefit analysis. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 165-247, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2602>. Acesso em: 18 dez. 2015. p. 195. A tricotomia das teorias do bem-estar é também apresentada de outra maneira: 1) teorias baseadas nas preferências individuais (desire-based theories); 2) teorias de listas objetivas (objective-list theories); 3) teorias do estado mental (mental-state theories), as quais são subdivididas em: 3.1) teorias hedônicas e 3.2) teorias do estado mental.

³⁴ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 13.

³⁵ ADLER, Matthew D. **Well-being and fair distribution: beyond cost-benefit analysis**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 6. Para mensurar o valor que os indivíduos estão dispostos a pagar ou a aceitar pelas consequências das decisões públicas, economistas inferem valores utilizando-se de transações de mercado que possuem preços e riscos conhecidos. Quando o mercado não oferecer uma transação ou um preço que sirva de base, aplica-se um método de pesquisa para mensurar o

Encampada a teoria das preferências individuais, a questão é de que forma mensurar, comparar e classificar a ordem das preferências individuais e convertê-las em uma classificação geral de preferências?

Nesse propósito, a concepção ultrapassada do bem-estar, cujo principal expoente foi Arthur Cecil Pigou³⁶, pautada na teoria do utilitarismo de Jeremy Bentham, sustentava a possibilidade de contabilização do nível de satisfação das pessoas em unidades cardinais, a comparação interpessoal de utilidades e a avaliação das decisões públicas com base na felicidade do maior número de pessoas possível.³⁷ No entanto, a teoria utilitarista de Bentham não responde como mensurar as utilidades individuais em números cardinais para fins de comparações interpessoais.

Vilfredo Pareto (1848-1923), precursor da economia moderna, desacreditou as bases da teoria utilitarista que vingou no século XIX ao demonstrar que as comparações interpessoais eram no mínimo impraticáveis para o fim de prover uma avaliação para as políticas públicas. Assim, a visão utilitarista de Bentham, no sentido de que as preferências individuais possam ser ordenadas em números cardinais e somadas, foi rejeitada, e no seu lugar os economistas passaram a aplicar o critério de Pareto.³⁸ Consoante tal critério, a decisão pública será Pareto superior em relação ao *status quo* apenas se colocar no mínimo uma pessoa em uma posição superior, sem que ninguém seja colocado em uma posição inferior.

Calabresi define o teste de Pareto como um simples requerimento de unanimidade, conforme o qual uma sociedade estará em posição ótima se a alocação de recursos adotada em detrimento de alocações alternativas resultar na

valor que as pessoas estão dispostas a pagar ou a aceitar com base nas respostas dos indivíduos aos questionamentos. Tal método de pesquisa é denominado avaliação contingencial e será objeto de estudo no segundo capítulo.

³⁶ A economia do bem-estar associada à obra de Pigou *Economics of Welfare*, de 1920, era baseada em uma vaga noção de bem-estar e não se posicionava no debate travado entre utilitaristas sobre a mensuração apropriada a ser atribuída à utilidade. De outro lado, a nova economia do bem-estar busca proposições de bem-estar que não estão diretamente baseadas em comparações interpessoais de utilidade, felicidade ou bem-estar. Ver: ZAMIR, Eyal; MEDINA, Barak. **Law, economics and morality**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 12.

³⁷ BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of moral and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/278>>. Acesso em: 15 dez. 2015. A definição de utilidade para Bentham é qualquer objeto pelo qual se pretende produzir benefício, vantagem, prazer, o bem ou felicidade, ou prevenir a dor, o mal, a infelicidade para a parte cujo interesse é considerado: se a parte for a comunidade em geral, a felicidade da comunidade; se um indivíduo em particular, a felicidade desse indivíduo.

³⁸ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 9-11.

posição superior de no mínimo uma pessoa ao tempo em que ninguém resulte em uma posição pior. A posição melhor ou pior inclui não apenas o bem-estar material, emocional, psicológico, mas também o que pode ser chamado de preferências e julgamentos.³⁹

Não obstante, o critério de Pareto superior não opera como uma base realista para a avaliação das decisões públicas, porquanto a vasta maioria dos projetos públicos não oferece uma compensação aos prejudicados e, ainda assim, oferece resultados eficientes e gera benefícios substanciais para a população. Os resultados eficientes, considerados Pareto ótimo em relação ao *status quo*, nem sempre são Pareto superior; ou seja, ainda que as decisões públicas apresentem resultados eficientes, os custos não são arcados por quem se beneficia da decisão pública. Outrossim, limitar as decisões públicas às opções Pareto superior demanda a atribuição de um peso normativo elevado e fictício à distribuição de riquezas no *status quo*, pois parte do pressuposto de que o *status quo* é tão justo que ninguém deve ser prejudicado para que a sociedade se beneficie.

Destarte, para amenizar a rigidez imposta pelo critério Pareto superior, economistas desenvolveram os testes de compensação hipotética. A solução foi o que hoje é conhecido por critério Kaldor-Hicks, desenvolvido entre 1930 e 1940 por Nicholas Kaldor e John Hicks, desafiados a reconstruir o campo da economia do bem-estar sem a necessária utilização de comparações interpessoais de preferências.⁴⁰

O critério de eficiência Kaldor-Hicks é usado como sinônimo do teste Pareto potencial, já que para a satisfação do critério basta a mera potencialidade de que os beneficiados compensem os prejudicados, no que se diferencia do princípio de Pareto.⁴¹

³⁹ CALABRESI, Guido. The pointlessness of Pareto: carrying Coase further. *Yale Law Journal*, v. 100, p. 1211-1238, 1991. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2014>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 1216.

⁴⁰ ADLER, Matthew D. **Well-being and fair distribution**: beyond cost-benefit analysis. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 100.

⁴¹ Daniel K. Goldberg anota que a Análise Econômica do Direito utiliza o critério de eficiência Kaldor-Hicks como um maximizador de utilidade ou de riqueza, porquanto esse critério exige apenas que a alocação de recursos gere riquezas à sociedade, o que amplia sobremaneira as hipóteses nas quais a análise é possível, aproximando direito e economia. Pondera que, para que o critério torne-se instrumental, o conceito de “eficiência econômica” perde substrato moral, de modo que situações injustas passam a ser soluções eficientes. A eficiência limita-se à indispensável análise de custo-benefício: qualquer que seja a medida a ser adotada e os objetivos perseguidos, sempre haverá uma maneira eficiente que desperdiçará menos recursos. Cf. GOLDBERG, Daniel K.

No que concerne ao critério Kaldor-Hicks, a decisão pública promove o bem-estar quando os indivíduos beneficiados preferem os resultados, ainda que tenham que compensar integralmente os indivíduos que arcam com os custos da decisão avaliada. A compensação consiste em uma transferência sem custos dos beneficiados para os prejudicados e é meramente hipotética. O excedente de benefícios que remanescer, após a hipotética compensação dos prejudicados, é considerado o incremento líquido no bem-estar.

Os testes de compensação não se fundamentam em utilidades cardinais, porquanto não partem do pressuposto de que as utilidades possam ser medidas em unidades. Tampouco concordam com a possibilidade de comparações interpessoais de utilidade e, bem como a análise do custo-benefício, medem a intensidade das preferências pessoais com base no valor que os indivíduos estariam dispostos a pagar para obter determinado resultado.⁴²

A utilização do critério de eficiência Kaldor-Hicks ou Pareto potencial é justificável sob a perspectiva de que a escolha da alternativa que oferecer maiores benefícios líquidos permite às sociedades a maximização de riqueza e, indiretamente, promove o bem-estar, pressupondo-se que sociedades mais ricas possuem maior capacidade de ajudar as mais pobres, bem como tendem a ter mais vontade de contribuir.

Outrossim, considerando que a multiplicidade de projetos e políticas públicas gera diferentes conjuntos de ganhadores e perdedores, a aplicação contínua do critério permite que custos e benefícios sejam distribuídos em sociedade de modo que cada indivíduo usufrua benefícios líquidos provenientes do conjunto de políticas públicas. Nesse tópico, argumenta-se em favor do critério Kaldor-Hicks que a análise do custo-benefício em um lapso de tempo suficiente permitirá que todos, ou quase todos, sejam beneficiados. O próprio Hicks argumentou que, embora não se possa

Controle de políticas públicas pelo judiciário: Welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Orgs.). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 43-82. p. 69.

⁴² ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 9-11. A análise do custo-benefício requer um passo a mais: converter os custos e os benefícios em valores monetários. Na prática, se a adoção de determinada política pública não influenciar os custos e os benefícios de outra, a regra da análise do custo-benefício é simples: a opção deve recair na política pública que apresentar o maior número de benefícios líquidos. De outra banda, em situações que envolvem uma multiplicidade de políticas públicas que possam interferir entre si, a regra da análise do custo-benefício é escolher a combinação de medidas que maximizem os benefícios líquidos.

afirmar que todos os habitantes de uma sociedade estariam melhores caso a sociedade fosse organizada com base em algum princípio diferente, ainda assim há uma grande probabilidade de que, no decorrer de um lapso suficiente de tempo, quase todos os membros dessa sociedade estariam melhores.⁴³ A adoção do critério também é justificável pelo fato de programas de transferência de renda serem mais eficazes para a distribuição equitativa de recursos quando adotadas políticas públicas que prezem pela melhoria da eficiência.⁴⁴

Nesse sentido, o problema da inequidade social deve ser remediado por políticas de redistribuição de renda; a rejeição da análise do custo-benefício em nada contribuirá para a solução do problema. Há um consenso geral de que a melhor maneira de incrementar o bem-estar geral é maximizar a riqueza de uma nação por meio do gerenciamento eficiente da economia e da redistribuição da riqueza a partir de um sistema de tributação e transferência de renda. A análise do custo-benefício é crucial para atingir o primeiro passo, já que trabalha pela maximização de riqueza.⁴⁵

De outro lado, o critério Kaldor-Hicks como base normativa para implementação da técnica da análise do custo-benefício, sofre objeções por não permitir a mensuração dos impactos distributivos.⁴⁶ Os custos e os benefícios da atuação governamental não recaem sobre as mesmas pessoas, ou seja, quem suporta os custos nem sempre se beneficiará dos benefícios, que são distribuídos de forma desigual no decorrer do tempo, afetando, por vezes, diversas gerações. Tais fatores ocasionam impactos distributivos sobre a população e a economia, os quais não podem ser ignorados na análise do custo-benefício das políticas públicas.

A objeção de Amartya Sen ao teste Kaldor-Hicks sustenta que a mera possibilidade de os beneficiados poderem compensar os prejudicados não garante a promoção do bem-estar, a exemplo da hipótese de os prejudicados serem os menos

⁴³ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 129.

⁴⁴ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis**: concepts and practice. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 32.

⁴⁵ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 14.

⁴⁶ As preferências individuais são utilizadas pela análise do custo-benefício para a monetização dos impactos no bem-estar. No entanto, a decrescente utilidade marginal da moeda faz com que, para um indivíduo com menos recursos, perder ou ganhar dinheiro represente um impacto mais significativo no seu bem-estar que seria para um indivíduo possuidor de maiores recursos. A distorção seria corrigida se fosse possível medir as preferências individuais em utilidades em vez de dólares, mas infelizmente não há ainda um método capaz de tal proeza.

favorecidos no contexto social, consoante a qual apenas a efetiva compensação contribuiria para a melhoria do bem-estar. Sen defende que os testes de compensação não são convincentes ou são redundantes, pois a efetiva compensação dispensaria os testes de compensação, sendo suficiente a aplicação do critério de Pareto superior.⁴⁷ No entanto, reconhece o mérito do critério disposto a pagar, ao fundamento de que a informação extraída desse critério é sensível às preferências individuais e, portanto, relevante para garantir a eficiência, independente de quão anêmicas possam ser as conclusões advindas dos testes de compensação.⁴⁸

Cass Sunstein afirma que a preocupação com os impactos das decisões públicas deve recair sobre quem se beneficiará e sobre quem será onerado; sugere a substituição do critério disposto a pagar por audiências públicas. Assevera que o critério das preferências individuais pode gerar resultados distorcidos, porquanto as pessoas podem estar mal informadas acerca dos efeitos das decisões públicas, e a sociedade não deveria ser pensada como uma máquina de maximização, para a qual tudo o que importa são os resultados agregados.⁴⁹

Matthew Adler e Eric Posner rejeitam a justificação tradicional da análise do custo-benefício atrelada aos critérios de eficiência Pareto potencial e Kaldor-Hicks, bem como defendem a possibilidade de comparações interpessoais de bem-estar. Asseveram que o teste Pareto superior é normalmente atrativo, porém limitado em seu alcance, visto que não serve para as escolhas governamentais que possuem perdedores e ganhadores, e o teste de Kaldor-Hicks é de igual modo falho, pois em qualquer caso é extremamente dúbio como um princípio moral. Invocam uma versão modificada e supostamente mais adequada da análise do custo-benefício, por eles denominada “welfarismo fraco”, segundo a qual o bem-estar geral possui relevância

⁴⁷ SEN, Amartya. The welfare basis of real income comparisons: a survey. **Journal of Economic Literature**, v. 17, n. 1, p. 1-45, mar. 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2723639>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 24-25. Enfatiza que a suficiência da potencial compensação é referente à possível interpretação do critério disposto a pagar, em termos de potencial possibilidade de redistribuição, agregado à compensação de qualquer perda que algumas pessoas possam sofrer. A questão é a relevância e o poder persuasivo do fundamento ético baseado não nos resultados, mas na potencial possibilidade compensatória que poderá ou não ser utilizada.

⁴⁸ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 572-573.

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state: the future of the regulatory protection**. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 8-9.

moral, mas não é moralmente decisivo na medida em que questões distributivas também devem ser consideradas.⁵⁰

Adler sustenta que a classificação dos resultados em termos de benefícios agregados monetarizados não precisa seguir a classificação dos resultados referentes ao bem-estar geral, a qual pode ser elaborada mediante aplicação da equação da função social do bem-estar (*Social Welfare Function* [SWF]).⁵¹

No entanto, a distribuição dos custos e dos benefícios não é necessariamente antagônica à análise do custo-benefício. A visão de Jeffrey Sachs é válida por não ser tão pessimista quanto à concepção tradicional de que há uma relação de prejudicialidade entre eficiência e equidade. Discorda da tradicional ideia de que as sociedades que priorizam a equidade inevitavelmente são economicamente ineficientes por incorrerem no desperdício de recursos, ou de que se deve optar entre preservação do meio ambiente e desenvolvimento econômico.⁵²

Sachs defende que investir em equidade também pode ser sinônimo de investimento em eficiência. Exemplifica sua assertiva com a tributação da riqueza com finalidade distributiva, sustentando que, se os valores arrecadados forem investidos em educação e saúde em vez de serem destinados ao consumo dos

⁵⁰ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 26. Defendem que a análise do custo-benefício não é o veículo para considerações distributivas ou para atender aos direitos, pois se limita a traçar o bem-estar geral. Direitos não são a mesma coisa que preferências sobre direitos; distribuição justa não é o mesmo que preferências sobre distribuição. Incorporar direitos e distribuição na análise do custo-benefício monetizando as preferências correspondentes seria um duplo erro: primeiro porque essas preferências são desinteressadas, e segundo porque os clamores sobre os direitos e sobre o que seria uma distribuição justa são para serem resolvidos com a argumentação, e não agregando valores. Variações compensatórias são procurações para números utilitários interpessoais, mas o ponto é que qualquer visão moral que invoque direitos ou distribuição de renda é destinada a considerações morais que são distintas da utilidade geral.

⁵¹ ADLER, Matthew D. **Well-being and fair distribution: beyond cost-benefit analysis**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 111. Sobre a “função social do bem-estar social”, Rose-Ackerman discorre que foi a equação criada por economistas na metade do século XX para representar o que a sociedade de alguma maneira decidiu compensar o bem-estar de seus cidadãos. A função deveria ser maximizada e sujeita ao critério de eficiência Pareto para produzir a melhor alternativa possível, restringida pela escassez dos recursos públicos. Esse resultado foi denominado *bliss point*. Afirma que a Teoria da Impossibilidade de Kenneth Arrow demonstrou a impossibilidade da existência dessa função e que Adler tenta ressuscitar o conceito da função social do bem-estar sem, contudo, propor de modo persuasivo como fazer comparações interpessoais. Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 341-342.

⁵² SACHS, Jeffrey D. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015. p. 14-15. Refere que, na economia, o termo eficiência significa ausência de desperdício na economia. Não há possibilidade de incrementar a renda ou o bem-estar de um indivíduo sem rebaixar os de outro indivíduo, e o termo equidade significa a distribuição do bolo.

pobres, os investimentos permitirão que os pobres sejam mais produtivos, gerando um resultado mais eficiente e equitativo. Da mesma sorte, investimentos em medidas de controle da poluição ambiental podem incrementar a força produtiva dos trabalhadores, porquanto permitem a redução de doenças e abstenções, notadamente dos menos favorecidos, que residem em áreas mais poluídas. Sachs assevera que o desenvolvimento sustentável possibilita a sinergia na busca por eficiência, equidade e sustentabilidade.⁵³

Resta claro que o desafio maior na consecução das políticas públicas e da regulamentação dos bens e dos serviços públicos é instrumentar a escolha das melhores alternativas para a alocação dos escassos e finitos recursos públicos, de modo que possibilite a maximização de riqueza e a promoção do bem-estar, o que inevitavelmente requer que sejam consideradas também questões distributivas.

Nesse desiderato, a análise do custo-benefício figura como o melhor procedimento disponível aos governos para a avaliação dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar. No que tange aos impactos distributivos, a solução de Adler e Posner, no sentido de que sejam avaliados complementarmente ao procedimento da análise do custo-benefício, ou a proposição de Sachs, de que eficiência e equidade são sinérgicas e não necessariamente excludentes ou antagônicas, devem ser consideradas como soluções alternativas à impossibilidade de rastrear os impactos distributivos na análise do custo-benefício.

1.3 FUNDAMENTOS DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

A análise do custo-benefício é um procedimento pragmático para a avaliação dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar da população. Esse procedimento é particularmente aplicado nas decisões públicas que têm por características atingir parcelas significativas da população e demandar investimentos de vultosas quantias de recursos públicos e tem por objetivos principais: classificar políticas públicas prioritárias; reduzir os custos da efetivação das políticas públicas; identificar e evitar os principais efeitos não desejáveis da atuação governamental;

⁵³ SACHS, Jeffrey D. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015. p. 14-15.

assegurar que os governos invistam cada centavo na melhor maneira possível na busca pelo bem-estar da população.

O procedimento da análise do custo-benefício na tomada de decisão pública, para além dos fundamentos econômicos, é justificável por contornar os efeitos nefastos dos desvios cognitivos sobre a avaliação das decisões públicas, fortalecer a democracia, conferir maior transparência à fundamentação das decisões públicas e ensejar o desenvolvimento sustentável.

A análise econômica na avaliação dos impactos decorrentes das decisões públicas é focada em duas questões principais: escassez dos recursos e eficiência dos resultados. Nesse contexto, a economia propõe a análise do custo-benefício como procedimento capaz de identificar os custos de oportunidade de diversas alternativas de investimentos públicos, a fim de assegurar que os escassos recursos públicos sejam aplicados da maneira mais eficiente possível para que atinjam seus objetivos sociais. A eficiência, por sua vez, é mensurada pela diferença encontrada entre benefícios e custos e figura como o critério fundamental para avaliação das decisões públicas.

A análise do custo-benefício é também justificável por contornar os efeitos nefastos ocasionados pelos desvios cognitivos na avaliação das consequências das decisões públicas. Nesse contexto, consoante Kahneman, o cérebro atua sob dois sistemas: o sistema I opera automaticamente por impulso, ao passo que o sistema II opera mais reflexiva e concentradamente. O sistema I é responsável pela maior parte das decisões tomadas e é mais vulnerável à incidência dos desvios cognitivos, denominados vieses (biases) e heurísticas.⁵⁴

As distorções cognitivas influenciam negativamente a tomada de decisões, prejudicando a capacidade de avaliação e resultando em cálculos equivocados, apressados e irracionais a respeito das probabilidades e das consequências das decisões ordinariamente tomadas no dia a dia de qualquer pessoa. Devido aos desvios cognitivos, as decisões são tomadas de maneira propensa a focar apenas uma parcela ínfima dos problemas, produzindo soluções contraproduzidas ou inadequadas. As decisões públicas não estão imunes a vieses e heurísticas, principalmente quando tomadas de modo casuístico, direcionadas à pronta

⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Traduzido por Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 21-22.

satisfação de anseios enviesados da população, quando resultam em intervenções excessivas ou deficitárias, também conhecidas por “sistema simultâneo de paranoia e negligência”.⁵⁵

Sunstein assegura que a melhor maneira de combater a ditadura dos desvios cognitivos é obter uma compreensão abrangente dos efeitos da atuação governamental. Nesse desiderato, a quantificação, a qualificação e a monetização dos custos e dos benefícios decorrentes das decisões públicas são imprescindíveis para corrigir as distorções cognitivas, responsáveis pela percepção coletiva equivocada da realidade, e para assegurar que a destinação dos recursos públicos não priorize problemas não tão graves ao tempo em que negligencie os problemas sociais mais sérios.⁵⁶

A análise do custo-benefício é igualmente justificável por fortalecer o regime democrático do Estado Social de Direito, notadamente por possibilitar que os interesses das minorias sejam considerados no processo da tomada de decisão pública, permitir que a população participe do processo de avaliação das políticas públicas desejáveis (democracia deliberativa), franquear a responsabilização dos entes governamentais e conferir transparência à motivação das decisões públicas.⁵⁷

Com efeito, os grupos controladores, dotados de maior poder econômico e mais bem organizados, com finalidades políticas, corporativas, econômicas ou sociais, sabem explorar os efeitos deletérios dos desvios cognitivos sobre as pessoas para pressionar a atuação governamental em favor de seus interesses. A análise do custo-benefício, ao condicionar a atuação pública à avaliação explícita dos impactos positivos e negativos de todas as alternativas plausíveis, evita que grupos minoritários assumam riscos e custos inadvertida ou involuntariamente.

A contrario sensu, poder-se-ia argumentar que o procedimento da análise do custo-benefício é antidemocrático por elevar o critério da eficiência a objetivo único

⁵⁵ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 139.

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 26-27. A “heurística da disponibilidade”, na avaliação de riscos, por exemplo, no sentido de que o risco mais lembrado é maior, torna exagerada a compreensão de um risco e minimiza a efetiva existência de outro mais remoto. Sunstein exemplifica com o ataque terrorista às torres gêmeas em Nova Iorque, em 2001, que gerou uma insegurança absurda entre os americanos na utilização do transporte aéreo e regulações excessivas nessa área. Afirma que, apesar da dificuldade de realizar a análise do custo-benefício de medidas antiterroristas, em circunstâncias normais, a análise contribuiria para um panorama real do risco.

⁵⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 27-28.

na avaliação de políticas públicas. No entanto, tal objeção deve ser afastada por pressupor um sistema democrático idealizado – e por isso utópico – no qual, na avaliação das decisões públicas, seriam atribuídos pesos equivalentes a todos os interesses em jogo.

Em realidade, a tendência é a prevalência dos interesses de grupos mais bem organizados e com maior representatividade política na defesa de seus interesses. Diante dessa incontestável realidade, o procedimento da análise do custo-benefício, ao possibilitar que interesses difusos tipicamente menos representados sejam igualmente considerados, contribui para a efetivação de políticas públicas de modo mais democrático.⁵⁸

No que concerne à transparência, presume-se que todas as decisões públicas são precedidas da avaliação dos impactos decorrentes; todavia, quando tal avaliação é realizada de maneira rudimentar e intuitiva, impossibilita a visualização dos fatores efetivamente considerados e o meio pelo qual foram avaliados. A análise do custo-benefício proporciona uma visão acurada dos pressupostos assumidos e da avaliação dos impactos considerados, evitando que as decisões públicas sejam subjetivamente ditadas por distorções e interesses políticos e propiciando maior transparência à fundamentação da atuação governamental.⁵⁹

Nesse sentido, Adler e Posner defendem que a análise do custo-benefício qualifica o procedimento da tomada de decisão pública ao incrementar a transparência, pois, no mínimo, obriga que se esclareçam os pressupostos assumidos referentes aos impactos das decisões avaliadas no bem-estar da população. A utilização de uma escala métrica comum monetária para avaliação dos impactos tem a vantagem de clarear a visão do governo e da população acerca do cenário legal e regulatório: as informações podem ser verificadas, os cálculos podem ser checados e valores uniformes podem ser previamente definidos, fatores que, somados, ensejam a racionalidade dos resultados preferenciais.⁶⁰

A análise do custo-benefício também se legitima por promover o desenvolvimento sustentável em sua tradicional acepção, associada à

⁵⁸ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 41-42.

⁵⁹ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 12.

⁶⁰ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 123.

responsabilidade entre presentes e futuras gerações e a necessária preservação dos recursos naturais na extensão que possibilite igual desenvolvimento às futuras gerações.

O procedimento é igualmente conciliável com uma acepção mais ampla do desenvolvimento sustentável, a qual, no entender de Sachs, comporta três dimensões – desenvolvimento econômico, inclusão social, sustentabilidade ambiental – todas sustentadas pelo pilar da boa governança. Este pilar envolve a concretização de no mínimo três princípios: responsabilidade (*accountability*), transparência e participação popular.⁶¹

No que se refere à responsabilidade (*accountability*), além do sistema eleitoral próprio aos regimes democráticos, Sachs defende a responsabilização dos agentes políticos quando suas decisões forem incongruentes com os objetivos a que se propuseram quando eleitos. Para tanto, exige-se a definição expressa e objetiva das medidas que pretendem adotar para alcançar seus propósitos, bem como a disponibilização de instrumentos de avaliação pública no que tange ao êxito na consecução de tais intenções. A transparência das decisões públicas é indispensável à responsabilização dos agentes políticos. Por sua vez, a participação dos cidadãos, ocorra por meio de eleições, deliberações públicas ou audiências públicas, nas decisões públicas e na satisfação dos interesses públicos, é essencial ao procedimento da tomada de decisão pública, pois propicia a consideração de todos os interesses envolvidos.⁶²

Nesse contexto, a análise do custo-benefício justifica-se por ser o procedimento concretizador dos princípios básicos de boa governança elencados por Sachs, quais sejam: ao propiciar a classificação das prioridades das políticas públicas, possibilita a responsabilização dos entes governamentais quando não observarem a ordem de prioridades; ao exigir a formalização expressa dos pressupostos, das avaliações e das informações que fundamentam a decisão pública, confere transparência à decisão pública; ao possibilitar que as informações dispersas na sociedade sejam coletadas e consideradas por meio de pesquisas ou audiências públicas, propicia a efetivação dos ideais da democracia deliberativa.

⁶¹ SACHS, Jeffrey D. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015. p. 503-504.

⁶² SACHS, Jeffrey D. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015. p. 503-504.

A boa governança proposta por Sachs como o pilar das dimensões do desenvolvimento sustentável é condizente com um sentido mais restrito referente ao direito fundamental à boa administração pública, o qual, na acepção de Juarez Freitas, é

[...] o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁶³

Nesse aspecto, denota-se que a análise do custo-benefício igualmente atende ao direito fundamental à boa administração pública, de acordo com o qual a atuação pública deve primar para que os benefícios sociais, ambientais e econômicos prevaleçam sobre os custos diretos e indiretos, a fim de assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem prejudicar equivalente direito às futuras gerações.⁶⁴

A análise do custo-benefício como melhor técnica de avaliação das decisões públicas foi reconhecida em artigo científico publicado por Kenneth Arrow e outros dez renomados economistas na Revista *Science*, no ano de 1996, no qual apresentam as seguintes justificativas e considerações ao procedimento:

1) É útil para comparar os efeitos favoráveis e desfavoráveis da atuação governamental, pois a identificação e a quantificação dos custos e benefícios, mesmo diante de informações imprecisas, contribui para a compreensão das implicações das decisões públicas, 2) a consideração econômica dos benefícios e custos na definição das prioridades públicas promove maior eficiência na utilização dos recursos, 3) deve ser exigível para todas as decisões que gerem impactos substanciais, considerando-se os riscos envolvidos e a probabilidade de que o resultado influenciará na decisão final, 4) a decisão não deve ser justificada exclusivamente aos testes de custos e benefícios, outros fatores, como a equidade entre as gerações, são importantes em determinadas circunstâncias, 5) os custos e benefícios devem ser quantificados sempre que possível, e quando não o forem, deve ser apresentada a melhor estimativa acompanhada da descrição das incertezas, 6) necessária a revisão do procedimento por outro órgão e a análise retrospectiva periódica dos impactos previstos, 7) necessária a padronização do procedimento e a estipulação de valores para o cálculo dos custos e benefícios, a exemplo da taxa de desconto social e do valor atribuído à redução do risco de morte prematura, 8) o procedimento

⁶³ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 22.

deve focar não apenas na relação entre custos e benefícios, mas também na identificação das consequências distributivas da decisão pública.⁶⁵

Da mesma maneira, oportuno trazer à tona as considerações de Daniel Cole ao justificar a análise do custo-benefício como ferramenta apta à avaliação das políticas públicas:

1) apresenta uma aura de neutralidade e aparentemente é mais científica que as outras técnicas disponíveis, 2) permite reduzir questões fundamentais inerentes às políticas públicas a números, o que transmite transparência à escolha pública, 3) as técnicas alternativas à análise do custo-benefício são mais manipuláveis ou subjetivas, 4) o procedimento ao especificar os pressupostos assumidos, avaliações, taxas de desconto e outras variáveis é relativamente transparente e deste modo suscetível à avaliação e impugnação pública.⁶⁶

Graham, administrador da *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) nos Estados Unidos, no período de 2001 a 2006, sustenta que a Administração Pública, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem trabalhar em conjunto para desenvolver o “Estado do custo-benefício”⁶⁷, impulsionar as inovações tecnológicas e as reformas institucionais orientadas à garantia de que as políticas públicas efetivamente salvem mais vidas no futuro, assegurar que as intervenções governamentais sobre a população ocorram do modo menos oneroso possível e,

⁶⁵ ARROW, Kenneth J. et al. Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? **Science**, v. 272, p. 221-222, 2 abr. 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.259.9894&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015. Contudo, ainda que os impactos distributivos devam ser considerados, os economistas alertam que as regulações sobre meio ambiente, saúde e segurança não são ferramentas eficazes nem eficientes para promover a redistribuição de bens.

⁶⁶ COLE, Daniel H. Law, politics, and cost-benefit analysis. **Alabama Law Review**, Alabama, v. 64, p. 55-89, 2012. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/772>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Sustenta que, não raras vezes, os governantes possuem incentivos estratégicos para preferirem a opacidade própria dos procedimentos informais, e que, nessas circunstâncias, a formalização do procedimento da análise do custo-benefício é uma grande vantagem e não pode ser subestimada, pois propicia a verificação de eventuais abusos no processo da tomada da decisão pública.

⁶⁷ Sobre o Estado do custo-benefício, Cass Sunstein, administrador da OIRA no governo Obama, afirma que o governo norte-americano está gradualmente avançando para o estado do custo-benefício, no sentido de que a implementação das regulações públicas está cada vez mais sujeita à constatação de que os benefícios de determinada regulação justifique seus custos. Aduz que um governo comprometido com a análise do custo-benefício fará a análise quantitativa e qualitativa dos custos e dos benefícios resultantes das regulações. SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state: the future of the regulatory protection**. Chicago: ABA Book Publishing, 2002.

consequentemente, atender aos legítimos anseios por uma distribuição de renda mais equitativa.⁶⁸

Sunstein, um dos maiores proponentes do procedimento, define a análise do custo-benefício como um instrumento apto a lidar com a complexidade própria das questões estatais do mundo real, desenvolvido para possibilitar a demonstração prévia dos impactos da atuação estatal aos entes governamentais e à população, sinalizar para a necessidade da atuação sobre problemas sociais negligenciados e assegurar que os escassos recursos públicos sejam investidos onde possam ser mais bem aproveitados.⁶⁹

Por fim, o relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre as tendências globais no tocante à política regulatória, apresentado em outubro de 2015, aponta as seguintes justificativas à positivação de algum instrumento para avaliação dos impactos das regulações: 1) a análise do custo-eficácia ou a análise do custo-benefício como método de efetivação resulta no aumento do bem-estar social por intermédio do incremento dos benefícios líquidos decorrentes das políticas públicas; 2) eleva a transparência das decisões públicas ao exigir que sejam motivadas e explicitadas as razões pelas quais a decisão proposta é mais desejável que as alternativas viáveis, incluindo a opção de não agir; 3) promove a responsabilização dos governantes (*accountability*) pelo resultado das decisões públicas; 4) permite que os governos controlem de maneira mais efetiva a atividade regulatória, com a vantagem de dispensar que adquiram o mesmo grau de conhecimento especializado exigível às agências, às quais importantes poderes devem ser delegados; 5) permite que os governos alcancem seus objetivos em longo prazo e a efetivação de seus programas políticos.⁷⁰

⁶⁸ GRAHAM, John D. Saving Lives Through Administrative Law and Economics. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 157, p. 395-540, 2008. Disponível em: <<https://www.pennlawreview.com/print/old/Graham.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Graham é Professor de Harvard na disciplina Análise do Custo-benefício por mais de 17 anos.

⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 10. Complementa: atentar para os custos e os benefícios permite incentivar as regulações mais desejáveis e evitar as mais indesejáveis, encorajar uma visão mais ampla das consequências e promover a busca de métodos menos onerosos para atingir os propósitos das regulações.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

1.4 PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO NOS ESTADOS UNIDOS

A análise do custo-benefício como técnica procedimental para a avaliação dos impactos das decisões públicas é prevista na legislação de diversos países no mundo, desenvolvidos e em desenvolvimento, a exemplo dos Estados Unidos, da Inglaterra, do Canadá, da Austrália, do Japão, das Filipinas, da Índia, da China, do México, da União Europeia⁷¹ e até mesmo é proposta e incentivada por organizações internacionais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁷²

Com efeito, questão inerente à gestão dos recursos públicos é a adoção de algum mecanismo de avaliação dos custos e dos benefícios das decisões que envolvem o investimento desses recursos, de modo que cada nação, organismo internacional ou bloco de países desenvolverá e ou adaptará o método mais condizente com suas capacidades organizacionais, seu contexto burocrático e suas variáveis políticas.

Da mesma sorte, o instrumento normativo para formalização do procedimento escolhido por cada país será variável, de acordo com a previsão constitucional para o processo normativo e o grau de comprometimento dos agentes públicos e dos agentes administrativos com os programas constitucionais. Nesse contexto, no que se refere ao instrumento normativo de exigência do procedimento, países como República Tcheca, Coreia e México preveem a análise do custo-benefício mediante lei. Países mais desenvolvidos, como Austrália, Áustria, França, Itália e Holanda, exigem a avaliação dos impactos das decisões públicas mediante Decreto do Primeiro Ministro. Outros países desenvolvidos, como Canadá, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Japão, Nova Zelândia, Alemanha, Portugal, Suécia e Inglaterra,

⁷¹ A metodologia da avaliação do impacto regulatório a ser realizada por membros da União Europeia está disponível no sítio: http://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/evaluations-guidance-documents/2006/guidance-on-the-methodology-for-carrying-out-cost-benefit-analysis.

⁷² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015. O relatório da OCDE sobre as tendências globais relativas à política regulatória, apresentado em outubro de 2015, aponta que todos os 34 países-membros e a União Europeia adotam a *Regulatory Impact Assessment* para examinar e mensurar os prováveis benefícios, custos e efeitos das novas ou reformuladas leis e regulações. O RIA é proposto como uma poderosa ferramenta para o processo de elaboração das políticas públicas, contribuindo com valiosas informações empíricas.

utilizam resoluções do governo ou diretivas políticas. Por fim, nos Estados Unidos, a técnica está prevista em Ordem Executiva promulgada pela Presidência.⁷³

A estrutura normativa existente nos Estados Unidos é particularmente interessante, não apenas pelo pioneirismo no desenvolvimento do método, mas principalmente pelo fato de que esse é o procedimento dominante na avaliação das políticas públicas há mais de 35 anos. Ademais, o tema suscita inflamado debate acadêmico entre os mais ilustres membros da comunidade jurídica norte-americana, o que, conseqüentemente, contribui para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da disciplina.⁷⁴

A análise do custo-benefício foi inicialmente prevista na legislação federal dos Estados Unidos em 1936, mais especificamente no *Flood Control Act* (§ 1, 49 Stat. 1570, 1570), ao exigir a análise do custo-benefício como metodologia a ser utilizada na elaboração de medidas de controle de inundações e incremento da estrutura de navegação.⁷⁵

Atualmente o procedimento é exigível em diversas leis federais norte-americanas: *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act* (7 USC § 136 bb), *Toxic Substances Control Act* (15 USC § 2605 c) e *Safe Drinking Water Act* (42 USC § 300g-1(b)(3)(C)(i)(I)) exigem a análise dos riscos e dos benefícios à saúde quantificáveis e não quantificáveis; *Unfunded Mandates Act* (2 USC § 658b(c)(2)) requer a análise qualitativa e, se possível, a quantitativa dos custos e dos benefícios

⁷³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008.

⁷⁴ No que se refere ao debate doutrinário, basta apontar que, na academia, há notáveis defensores e críticos à análise do custo-benefício. Defensores da técnica, entre outros: REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008; GRAHAM, John D. Saving Lives Through Administrative Law and Economics. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 157, p. 395-540, 2008. Disponível em: <<https://www.pennlawreview.com/print/old/Graham.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015; SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002; ADLER, Matthew D.; ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. Críticos (alguns fervorosos e outros moderados): ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless**: on knowing the price of everything and the value of nothing. New York: The New Press, 2004; SHAPIRO, Sidney A.; GLICKSMAN, Robert L. **Risk regulation at risk**: restoring a pragmatic approach. Stanford University Press, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=338120>>. Acesso em: 15 dez. 2015; ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁷⁵ Para maiores esclarecimentos acerca das origens da análise do custo-benefício nos USA, ver: PORTER, Theodore M. **Trust in numbers**: the pursuit of objectivity in science and public life. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 148-190.

das leis federais; *Clean Air Act* (42 USC § 7612(a)) exige a consideração dos custos, dos benefícios e de outros efeitos associados ao cumprimento de cada regulação emitida.

Por vezes, a mesma lei prevê diferentes meios de realização da análise do custo-benefício, a exemplo do *Clean Water Act*, ao exigir a ponderação do total dos custos da aplicação da tecnologia em relação aos benefícios alcançáveis com a redução de efluentes (33 USC § 1314(b)(1)(B)), a consideração da razoabilidade da relação entre os custos para atingir a redução dos efluentes e os benefícios decorrentes (33 USC § 1314(b)(4)(B)), a consideração apenas do custo para atingir tal redução de efluente, sem exigir nenhuma ponderação entre custos e benefícios (33 USC § 1314(b)(2)(B)).

A padronização do procedimento adotado na análise do custo-benefício a ser realizado pelas agências federais no cumprimento das políticas públicas delineadas pelo legislador somente ocorreu com a Ordem Executiva 12.291 de 1981, promulgada pelo Presidente republicano Ronald Reagan, a qual passou a exigir o procedimento no exercício da atividade normativa das agências federais.⁷⁶

No período anterior à Ordem Executiva 12.291 de 1981, não obstante a previsão legal determinando a análise do custo-benefício, o procedimento era

⁷⁶ As agências norte-americanas federais ou estaduais são agências regulatórias ou agências do bem-estar social. As regulatórias fixam e exigem padrões de conduta em variadas áreas, como transporte, alimentação e saúde. Possuem poder de legislar, executar suas determinações e julgar disputas que surjam na sua jurisdição. As agências regulatórias federais integram o Poder Executivo ou são agências independentes. As primeiras são de responsabilidade de um secretário de gabinete, as independentes são chefiadas por administradores não sujeitos à supervisão do Executivo. As normas emitidas pelas agências trazem expertise, conhecimento e flexibilidade na solução dos problemas; são mais eficientes, visto que, além da técnica e da expertise utilizada, conjugam os “três tetos” (judiciário, executivo e legislativo) em um só telhado e, devido à sua independência, a atuação está menos vulnerável a influências políticas. Na década de 1940, o crescimento e a autonomia das agências independentes eram motivos de preocupação política, o que motivou a edição do *Administrative Procedure Act* (APA 5 U.S. Code § 551) em 1946, um estatuto com o propósito de regulamentar a atuação das agências no exercício do poder normativo, adjudicação e outras atividades. Na questão da nomeação do chefe da agência, ver o Art. II, §2 cl.2 da Constituição dos Estados Unidos. Segundo previsão do APA (5 U.S.C.A. §§ 801-808), a regulamentação expedida por uma agência deve ser apresentada para as duas casas do Congresso e não surtirá efeitos por 60 dias, a fim de possibilitar eventual veto do Congresso. Na hipótese de veto, a agência não poderá regulamentar novamente a matéria, a menos que o Congresso legisle concedendo permissão. Geralmente o Congresso não se mobiliza para analisar a regulação em 60 dias e, mesmo que vete a regulação, o Presidente poderá não ratificar o veto. Em 2001, o Congresso vetou pela primeira vez uma regulação emitida por uma agência. No caso, a regulação emitida pela *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) visava regulamentar as indenizações nos acidentes ocorridos no local de trabalho. Cf. BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2006. p. 198-228.

raramente adotado por agências executivas e, quando o era, não se prestava à fundamentação ou à justificação das regulações e, em verdade, pouco influenciava o procedimento da tomada de decisão.

No contexto histórico, a Ordem Executiva 12.291 surge como obra de tecnocratas e de proponentes do movimento desregulatório dos anos 1970 e 1980, oponentes à política intervencionista do Estado Regulatório decorrente do *New Deal*, inaugurado pelo Presidente Franklin Roosevelt (1933-1945). Os tecnocratas defendiam a análise do custo-benefício como uma maneira de aprimoramento da qualidade das regulações, enquanto, para o movimento desregulatório, a análise do custo-benefício era mais um modo de estancar a intervenção estatal na iniciativa privada.⁷⁷

Destarte, as principais razões que culminaram na positivação do procedimento da análise do custo-benefício nos Estados Unidos foram a necessidade de assegurar que as agências federais justificassem a necessidade da intervenção antes de regularem determinado setor da economia, bem como que considerassem alternativas menos intervencionistas à regulação, a necessidade de o governo controlar as agências – para as quais o *New Deal* havia delegado amplo poder regulatório –, e a necessidade de promover a eficiência e a qualidade das regulações.⁷⁸

Denota-se que, em que pese a introdução do procedimento ter sido contemporânea ao movimento que propunha a menor intervenção do Estado na economia, também conhecido por movimento desregulatório, as justificativas da adoção da análise do custo-benefício foram muito mais amplas, o que se evidencia pelo fato de que essa técnica de avaliação das políticas públicas foi reafirmada e aperfeiçoada ao longo dos últimos 35 anos.⁷⁹

⁷⁷ Na Inglaterra, no mesmo período, o movimento desregulatório proposto pelo partido conservador da Primeira Ministra Margareth Thatcher introduziu o *Compliance Cost Assessment* (CAA), programa focado na desregulamentação de setores da iniciativa privada. O movimento desregulatório iniciado na década de 1980 foi substituído pelo movimento denominado regulação melhor (*better regulation*), o qual, em 1997, introduziu a *Better Regulation Task Force*, órgão independente formado por agentes públicos e empresários da iniciativa privada. A atuação desse órgão foi crucial para a aprovação do *Regulatory Reform Act* em 2001, estatuto legal prevendo o *Regulatory Impact Assessment* como procedimento de avaliação dos impactos das regulações.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

⁷⁹ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 2-3.

A Ordem Executiva 12.291 de 1981 objetivava a redução dos encargos decorrentes das regulações existentes e futuras e a supervisão executiva do processo regulatório, além de conferir maior razoabilidade à fundamentação das regulações. Consoante a Executiva, a atividade regulatória de todas as agências deveria ser pautada por informações adequadas sobre a necessidade e as consequências da ação governamental proposta, a qual somente seria admitida quando os potenciais benefícios à sociedade fossem superiores aos potenciais custos. A atividade regulatória deveria priorizar a maximização dos benefícios agregados à sociedade e sempre considerar a condição das indústrias afetadas pela regulação e os efeitos para a economia nacional.

As regulações deveriam ser instrumentadas com o relatório de análise do impacto regulatório (*Regulatory Impact Analysis and Review*), um relatório minucioso referente aos custos e aos benefícios de todas as maiores regulações (*major rules*), assim compreendidas aquelas que: produzissem um efeito igual ou superior a 100 milhões de dólares anuais na economia; produzissem um incremento substancial nos custos e nos preços para consumidores, indústria, agências governamentais federais, estaduais ou locais; ocasionassem significantes efeitos adversos em competitividade, emprego, investimento, produtividade, inovação; ou interferissem na habilidade de empresas nacionais competirem com estrangeiras no mercado doméstico ou estrangeiro.

Nesse passo, Ordem Executiva 12.291 de 1981 atribuía ao Gabinete de Informação e Assuntos Regulatórios (*Office of Information and Regulatory Affairs* [OIRA]) a responsabilidade para rever e aprovar as regulações federais no tocante à ponderação dos custos e dos benefícios inerentes à novel regulação.⁸⁰

⁸⁰ A OIRA foi criada em 1980 pelo *Paperwork Reduction Act* (PL 96-511), com o propósito de supervisionar as demais agências reguladoras nos Estados Unidos. As agências executivas devem submeter todas as regulações significativas à OIRA, sendo que a regulação somente poderá ser publicada no Registro Federal após a conclusão do processo de revisão na OIRA. Ressalta-se que as agências independentes não estão submetidas à supervisão da OIRA. Cf. SUNSTEIN, Cass R. The office of information and regulatory affairs: myths and realities. **Harvard Law Review**, v. 126, n. 1838, p. 1838-1878, 2013. Disponível em: <http://thecre.com/pdf/20130523_vol126_sunstein.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015. Stephen Breyer, Bruce Ackerman e Rose-Ackerman sustentam que a OIRA não possui neutralidade política para revisar as regulações das agências reguladoras e propõem a criação de um órgão independente do Poder Executivo para prover conhecimento técnico às agências reguladoras e para a OIRA. Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Sucessivamente, a Ordem Executiva 12.498 de 1985 determinou que as agências submetessem o Programa Regulatório Anual dos Estados Unidos para discussão de todas as ações propostas custosas ou controvertidas para revisão do Poder Executivo, mais precisamente ao *Office of Management and Budget* (OMB). Os mecanismos implantados por Reagan incrementaram o papel de supervisão do Poder Executivo e possibilitaram a rejeição de regulações que não passassem no teste da análise do custo-benefício.

A administração presidencial sucessiva de George Bush manteve o procedimento criado por Reagan, apenas inovando na criação do *Council on Competitiveness*, presidido pelo vice-presidente, o qual ocasionalmente poderia supervisionar a atividade do *Office of Management and Budget* (OMB) de revisão das regulações promulgadas pelas agências.⁸¹

Surpreendentemente, a administração do Presidente democrata Bill Clinton endossou as principais características do mecanismo criado pelos partidos republicanos. A administração presidencial de Clinton enfatizava a questão ambiental, e, considerando que muitos ambientalistas são contrários à análise do custo-benefício nas regulações que envolvem a proteção do meio ambiente, havia a expectativa de que influenciassem a limitação do papel do procedimento no âmbito do Poder Executivo.⁸²

Clinton emitiu a Ordem Executiva 12.866 em 1993, promovendo alterações substanciais no mecanismo desenvolvido pela administração Reagan-Bush. Desenvolveu um mecanismo direcionado a solucionar o problema relativo à prevalência dos interesses de grandes grupos no processo regulatório, criando um procedimento para resolução de conflitos e novos procedimentos para garantir maior participação popular. Ampliou os fatores a serem avaliados e determinou que as agências priorizassem as regulações que maximizem os benefícios sociais, incluindo os benefícios para o meio ambiente, a saúde e a segurança, impactos distributivos e

⁸¹ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 11.

⁸² A oposição dos ambientalistas à análise do custo-benefício evolui de uma espécie de fanatismo cego aos custos implícitos das regulações para críticas mais atenuadas. Nesse sentido, tem-se a concepção de dois dos maiores críticos, Frank Ackerman e Lisa Heinzerling, para quem o procedimento promove a agenda desregulatória a pretexto de conferir objetividade científica às decisões públicas. Cf. ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless**: on knowing the price of everything and the value of nothing. New York: The New Press, 2004.

equidade. Permitiu que as regulações sejam aprovadas, ainda que os benefícios justifiquem os custos, mas não os excedam.⁸³

A Ordem Executiva 12.866 de 1993 reafirma a supervisão da OIRA sobre o impacto regulatório das regulações que resultem efeito anual na economia de 100 milhões de dólares ou mais (custos ou benefícios), interfiram em uma ação planejada ou tomada por outra agência, alterem o orçamento de subsídios, quotas, programas de financiamento e direitos que derivem desses programas ou, ainda, originem novas questões de ordem pública.

Assim, regulações federais que não imponham um alto custo, simples, rotineiras, que não desponham o interesse público ou o interesse das demais agências, dispensam o estudo de impacto regulatório e não são supervisionadas pela OIRA.⁸⁴

Na gestão presidencial de Clinton, a OIRA emitiu a Circular A-4 para orientação das agências e padronização de conceitos na condução da análise do custo-benefício.⁸⁵

Em 2011, o Presidente democrata Barack Obama emitiu a Ordem Executiva 13.563, a qual reafirma e incorpora a Ordem Executiva 12.866, amplia a necessidade de avaliação dos custos e dos benefícios presentes para gerações futuras e ressalta a importância da quantificação de benefícios de difícil monetização, como a equidade, a dignidade da pessoa humana, a justiça da medida e os impactos distributivos da regulação. A administração presidencial de Obama ampliou a necessidade de algum tipo de álgebra política nas regulações das mais variadas áreas, incluindo segurança nacional, imigração, energia, proteção

⁸³ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 11-12.

⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 22-23. Sunstein afirma que menos de 20% das regulações revisadas pela OIRA possuem significativo impacto econômico e que 80% das regulações não possuem o estudo de impacto econômico (*Regulatory Impact Analysis*). Sobre as hipóteses em que é exigível a Análise do Impacto Regulatório, a Casa Branca esclarece as dúvidas frequentes: UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4**: regulatory analysis. Washington: OMB. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

⁸⁵ UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4**: regulatory analysis. Washington: OMB. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ambiental, segurança no trabalho, segurança alimentar, educação, e tornou a análise do custo-benefício central à missão das agências reguladoras.⁸⁶

Importante assinalar para a viabilidade da justificação de regulações em que aparentemente os benefícios resultantes não excedam os custos da implementação, notadamente quando os benefícios não forem passíveis de quantificação, mas ainda assim relevantes. Consoante, as Ordens Executivas 12866 e 13563, as agências devem expedir regulações que justifiquem os custos, mas não estão restritas a regular apenas quando os benefícios excederem os custos.

A Ordem Executiva 13.563, ao determinar que valores dificilmente quantificáveis – como equidade, dignidade da pessoa humana, justiça e impactos distributivos – sejam considerados na análise do custo-benefício, legitima regulações em que custos excedam os benefícios monetizados.⁸⁷

A Ordem Executiva 13.563 manteve a competência da OIRA na supervisão das regulações das agências federais. Sunstein, ao relatar a experiência adquirida como administrador da OIRA na presidência de Obama, no período de 2009 a 2012, sustenta que, ao revisar a análise do custo-benefício realizada pelas agências, orientava-se pela doutrina de Friedrich Hayek, do juiz da Suprema Corte Felix Frankfurter, de John Stuart Mill e de Amartya Sen.⁸⁸

Nesse contexto, a doutrina de Friedrich Hayek no tocante à natureza dispersiva do conhecimento humano é de extrema importância e aproveita a atuação da OIRA na tentativa de adquirir o máximo possível desse conhecimento, sobretudo em relação à participação popular. A doutrina de Frankfurter, ao ressaltar a

⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. The real word of cost-benefit analysis: thirty-six questions (and almost as many answers). **Columbia Law Review**, v. 114, n. 1, p. 167-211, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23561205>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 168. A Ordem Executiva 13.563 enfatiza a importância da quantificação dos custos e dos benefícios, o que permitiu que os benefícios líquidos de regulações economicamente significantes dos primeiros três anos da administração Obama fossem superiores a U\$ 91 bilhões, 25 vezes superior ao montante correspondente na Presidência de George W. Bush e seis vezes superior ao valor correspondente na administração de Clinton. No quarto ano da administração Obama, os benefícios alcançaram o valor de U\$ 150 bilhões.

⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 37. Relata a experiência na participação de um grupo formado por diversas agências regulatórias para estimar o custo social do carbono, a fim de demonstrar os benefícios de uma regulação que visava reduzir a emissão de gases de efeito estufa. Enfatiza que o estudo exigiu muito além da estipulação dos custos e dos benefícios quantificáveis da medida regulatória. O relatório sobre o custo social do carbono está disponível em: ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless: on knowing the price of everything and the value of nothing**. New York: The New Press, 2004.

⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 14.

importância do processo justo e do devido processo regulatório, e ao propor a participação do maior número de pessoas de dentro e de fora do governo federal no processo regulatório, também deve ser aproveitada. A teoria de John Stuart Mill, inspirada em Jeremy Bentham, ao atentar para a importância de uma forma de ponderação utilitarista e da consideração de variáveis qualitativamente diferentes e dificilmente quantificáveis, é significativa na orientação da atividade de supervisão exercida pela OIRA. Por fim, Sunstein invoca a “governança pela discussão” de Amartya Sen, apontando para a importância crucial da discussão e da deliberação para evitar resultados indesejáveis.⁸⁹

No que se refere à supervisão do Poder Legislativo da análise do custo-benefício das regulações das agências federais, o *Regulatory Right-to-know Act* (H.R. 1074, de 26/07/99), cujo propósito é prestar contas à sociedade, aprimorar a qualidade das decisões federais e incrementar a confiança nos programas regulatórios federais, exige que o Poder Executivo, por meio do OMB, submeta ao Congresso relatório anual reportando uma análise do impacto financeiro das regulações. O relatório deve conter uma estimativa total dos benefícios e dos custos anuais, incluindo efeitos quantificáveis e não quantificáveis das regras federais, além de estimar o impacto financeiro da regulação federal sobre os Estados, o local, o governo tribal, os pequenos negócios, os salários e o crescimento econômico, bem como trazer eventuais recomendações para reformas.

Nesse contexto, o relatório de impacto financeiro das regulações promulgadas no ano de 2014 reporta que, no período de outubro de 2004 a setembro de 2014, as agências promulgaram 37.022 regulações. A OMB reviu 3.040, e 569 delas impactavam a economia em no mínimo U\$ 100 milhões.⁹⁰

⁸⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 15-17.

⁹⁰ ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **2014 Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities**. 2014. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/2014_cb/2014-cost-benefit-report.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015. A questão do excesso da atividade regulamentadora e da independência das agências executivas é preocupação constante dos órgãos de proteção ao desenvolvimento econômico norte-americano. A Câmara do Comércio alerta para o fato de que o país assume a feição de Estado Regulatório, em que as agências executivas despontam como o quarto poder, minando o sistema de freios e contrapesos cunhado na Constituição de 1787. Em 1790, o governo federal empregava 1.000 pessoas; em 1962, o número de empregados era de 2.515.000, e hoje são 2.840.000 empregados, 15 departamentos, 69 agências e 383 subagências. Em 2007, o Congresso promulgou 138 leis, enquanto as agências federais promulgaram 2.926 regulamentações. O excesso de regulações estaria inferindo na liberdade dos cidadãos, sendo que os Estados Unidos caíram da 2ª posição que ocupava em 2002

No que tange à evolução do desenvolvimento do procedimento da análise do custo-benefício nos Estados Unidos, denotam-se três passagens: a primeira abordagem, introduzida em 1981, enfatizava a questão da quantificação dos custos e dos benefícios; posteriormente, em 1993, a quantificação dos impactos previsíveis foi abrandada para que os benefícios apenas justificassem os custos; em um terceiro momento, ampliou-se a catalogação para a quantificação de fatores ainda mais abstratos, a exemplo da dignidade humana, da justiça e dos valores de difícil ou impossível monetização.⁹¹

A mudança de perspectiva em relação à quantificação de bens intangíveis e de valores existenciais é condizente com a atual concepção da análise do custo-benefício, a qual consiste no melhor método disponível para quantificar os impactos sociais das decisões públicas, com especial ênfase nas consequências humanas das ações governamentais, valendo-se das ciências econômicas e sociais nesse desiderato.

No que concerne à consideração das consequências humanas, Sunstein aponta quatro possibilidades para humanizar a análise do custo-benefício na atuação governamental. Primeiramente, os custos e os benefícios não devem ser encarados apenas como abstrações aritméticas, mas como esforços para capturar bens qualitativamente diversos e promover compensações sensíveis entre eles. O uso de um sistema métrico deve ser utilizado em prol de um equilíbrio sensato, não para anular diferenças qualitativas. Segundo, é necessário contabilizar valores que são difíceis ou impossíveis de serem quantificáveis, a exemplo da dignidade da pessoa humana. Terceiro, a significativa diferença comportamental entre o *Homo*

no *ranking* de liberdade econômica mundial elaborado pelo Instituto Frasier para a 16ª posição em 2015. Os custos de implementação das regulações emitidas por uma única agência, a EPA (proteção ambiental), alcançaram o valor de U\$ 360 bilhões em 2014. Defendem a reforma do processo regulatório e a aprovação no Congresso do *Regulatory Accountability Act*. ESTADOS UNIDOS. Chamber of Commerce. **Regulatory Reform Was Off the GOP Debate Radar**. 2015. Disponível em: <<https://www.uschamber.com/above-the-fold/regulatory-reform-was-the-gop-debate-radar>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

⁹¹ Eric Posner critica a abertura da quantificação na análise do custo-benefício argumentando que o procedimento funciona somente quando impõe às agências uma disciplina matemática. Consoante o procedimento, as agências devem fornecer evidências relacionadas aos custos e aos benefícios das regulações, monetizar esses impactos, e apresentar um número. O autor sustenta que, quando benefícios não quantificáveis podem justificar o custo das regulações, a exemplo da dignidade da pessoa humana, elimina-se o ponto central da análise do custo-benefício, que é a transparência governamental. POSNER, Eric A. **Obama's cost-benefit revolution**. 2011. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/81990/obama-cost-benefit-revolution>>. Acesso em: 20 maio 2015.

sapiens e *Homo economicus* não pode ser desprezada; é preciso corrigir as avaliações enviesadas ocasionadas pela incidência dos desvios cognitivos. Por fim, as informações referentes às prováveis consequências da atuação pública dispersas entre diferentes setores da sociedade devem ser coletadas e aproveitadas.⁹²

1.5 PREVISÃO NORMATIVA DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO NO BRASIL

Respeitadas as diferenças doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao poder normativo das agências⁹³, e as diferentes realidades político-institucionais, principalmente no que tange à capacidade organizacional e ao contexto burocrático, a experiência norte-americana refletida na evolução das Ordens Executivas nos últimos 35 anos é, no mínimo, inspiradora para a futura previsão no ordenamento jurídico nacional do procedimento da análise do custo-benefício para avaliação dos impactos decorrentes das decisões públicas.

⁹² SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 173-175.

⁹³ O poder normativo das agências reguladoras norte-americanas é definido no *Administrative Procedure Act*, o qual prevê dois tipos de regulamentação: regras legislativas e regras interpretativas (5 USC § 553). O amplo poder discricionário foi reconhecido pela Suprema Corte ao julgar o caso *Chevron USA, Inc v Natural Resources Defense Council, Inc. (467 US 837 (1984))*, em que legitimou a competência das agências para preencherem eventuais lacunas ou ambiguidades dos estatutos legais. No tocante à competência normativa das entidades reguladoras no Brasil, Sérgio Guerra afirma que, para além da suposta prevalência do interesse público, a complexidade da vida moderna exige uma nova categoria de escolhas administrativas, batizada de “regulação”, as quais dificilmente podem ser submetidas a uma ordem hierárquica definida no modelo tradicional, porquanto se exige que efetivamente sopesem os interesses em jogo, examinem os custos e benefícios à luz de questões técnicas e científicas e atuem nos riscos à sociedade pluriclasse e a cada cidadão, de modo que o exercício da função reguladora exige mais do que simplesmente baixar regras normativas. Cf. GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? **Revista do Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a07v7n1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015. Ainda que não haja consenso sobre a posição hierárquica e o grau de discricionariedade conferido às agências, é fato que a jurisprudência vem sucessivamente concedendo maior discricionariedade ao exercício da competência reguladora: “O ato normativo expedido por Agência Reguladora, criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário, posto urgente não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito, sendo certo, ainda, que a ausência de nulificação específica do ato da Agência afasta a intervenção do Poder Judiciário no segmento, sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes. Consectariamente, não há no cumprimento das regras regulamentares violação *prima facie* dos deveres do consumidor. (STJ, REsp. 806304/RS Recurso Especial 2005/02112409-1, DJe 17/12/2008), no mesmo sentido: AGRG na MC 10443-PB, DJ 06.03.2006).

Em verdade, a exigência da avaliação dos impactos decorrentes da atuação governamental, na esfera da Administração Pública, encontra respaldo no ordenamento jurídico nos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, nos artigos 37 e 70, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).⁹⁴

Nesse contexto, o princípio da eficiência é interpretado como sinônimo de boa administração, na imprescindibilidade da atuação pública sempre buscar alcançar o melhor resultado possível com a menor despesa possível. A Administração Pública eficiente é avaliada sob dois aspectos: racionalidade e otimização no uso dos recursos públicos e satisfação dos resultados.⁹⁵

O princípio da economicidade consiste no aspecto pecuniário do princípio da eficiência. Exige que a Administração Pública adote a solução mais conveniente e eficiente na gestão dos recursos públicos.⁹⁶

No que concerne aos princípios da eficiência e da economicidade, Alexandre Santos de Aragão sintetiza, com perspicácia, a relação de complementaridade entre eles:

[...] à luz do princípio da eficiência, aí incluída a sua feição de economicidade, é vedada a atuação jurídica contraproducente ou ineficiente

⁹⁴ O princípio da eficiência foi incluído na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional 19/98, conhecida como Emenda da Reforma Administrativa: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. A Constituição refere-se à eficiência na atuação administrativa em diversos outros dispositivos, a exemplo do art. 74, inciso II, ao exigir que os três poderes mantenham sistema de controle interno para comprovação da legalidade e avaliação de resultados quanto à eficácia e à eficiência da gestão pública, e também do art. 144, § 7º, ao dispor que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

⁹⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 65-75, 2000. p. 69. A racionalidade no uso dos meios é prevista nos artigos 39, § 7º, e 74, II, da Constituição Federal, ao passo que o art. 37, § 3º da CF introduz a “avaliação de resultado” ao dispor sobre a “avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços” e a necessidade de lei para disciplinar a “representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. Sobre o tema, válido conferir o art. 41, § 3º, o art. 41, § 1º, III e o art. 247, todos da CF.

⁹⁶ Nesse sentido, o entendimento consolidado no Tribunal de Contas da União: “[...] 3. No âmbito do controle de economicidade do ato administrativo – respaldado pelo art. 70, *caput*, da CF/88, e que compreende a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados a eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública –, é cabível ao Tribunal adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o princípio da economicidade, tendo em vista as demais opções legais que estiverem ao seu alcance (TCU, AC-1195-12/08-1, Data da sessão: 22/04/2008, Relator: Augusto Nardes).

à luz dos valores e objetivos jurídicos visados, sendo de menor importância o fato de ela se subsumir formalmente a alguma regra ou não.⁹⁷

Destarte, os atos administrativos em geral, incluídas as regulações das agências federais ou estaduais, estão constitucionalmente sujeitos à avaliação dos impactos decorrentes. Assim, quando os custos resultantes das decisões administrativas são superiores aos benefícios, ou quando os benefícios não justificam os custos, as decisões podem ser alteradas mediante o controle judicial e o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, com fundamento na violação aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Corroborando a assertiva, Freitas elucida ser arbitrária a decisão administrativa que não sopesar os custos e os benefícios:

O sopesamento fundamentado e de boa-fé dos custos diretos e indiretos converte-se em requisito-chave do controle de juridicidade das decisões administrativas, sob pena de arbitrariedade. Como resulta cristalino, refuta-se todo e qualquer decisionismo irracional (por ação ou por omissão), dado que o controle de prioridades incorpora, de modo suficiente, o escrutínio dos fundamentos explicitados de juridicidade sistemática e de benefícios líquidos a longo prazo, ensejando, com isso, o salutar questionamento relativamente ao porquê e ao “timing” das escolhas efetuadas ou não efetuadas.⁹⁸

Sob o prisma da promoção dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, a análise do custo-benefício é justificável por, no mínimo, três enfoques: possibilita a utilização adequada dos escassos recursos públicos ao sujeitar a alocação de tais recursos a testes de proporcionalidade; funciona como uma restrição à incidência das heurísticas e dos vieses sobre o raciocínio na tomada de decisões; possibilita a classificação das prioridades que devem ser tratadas pelo Poder Público.

Não obstante, sob outra perspectiva, a análise do custo-benefício é também justificável por evitar a atuação governamental desnecessária ou excedente,

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009. p. 29-52. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015. p. 39.

⁹⁸ FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 6, p. 8-26, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controleJuarez.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

possibilitar maior fundamentação às eventuais impugnações judiciais à atuação governamental e permitir uma mensuração mais objetiva dos valores adotados à promoção do bem-estar.

Ademais, a análise do custo-benefício confere maior transparência ao processo de tomada de decisões públicas e ameniza problemas inerentes à regulamentação pública, visto que, ao padronizar o procedimento a ser adotado na avaliação dos custos e dos benefícios, torna possível a avaliação do desempenho da atuação regulamentadora em relação aos critérios estabelecidos no procedimento previamente definido ou no tocante a outro critério de valor social ou político.⁹⁹

Nessa perspectiva, José Vicente de Mendonça afirma que, em que pese ainda não haver no Brasil lei geral ou ato normativo que sirva de marco da imposição da avaliação dos impactos regulatórios, o ordenamento jurídico pátrio legitima a realização do procedimento (i) na eficácia positiva do princípio constitucional da eficiência administrativa, o qual além de invalidar as ações públicas ineficientes em sua eficácia negativa, impõe o dever de planejamento do Estado especialmente por intermédio de análises de impacto, (ii) em testes de proporcionalidade em sentido estrito, o qual demanda a ponderação dos custos e benefícios das ações, ou seja, procede a uma análise do custo-benefício, método tradicional da análise de impacto, (iii) no princípio democrático, visto que a análise do impacto demanda a participação popular em várias fases do procedimento e assim conflui para efetivar o princípio democrático, (iv) no dever de motivação dos atos administrativos, já que permite fomentar a tomada de decisões com conhecimento de causa evitando que sejam ditadas por conjecturas ou fundamentalismos, (v) na analogia com os instrumentos de medição de impacto ambiental, notadamente o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)¹⁰⁰ e (vi) no Decreto Federal 4.176/02, o qual estabelece

⁹⁹ GORDON, Jeffrey N. The empty call for benefit-cost analysis in financial regulation. **Journal of Legal Studies**, Columbia Law and Economics, Accepted Paper n. 464, 2014. Disponível em: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/millstein-center/cle_reading-panel_4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁰⁰ O EIA e o RIMA são previstos no art. 225, parágrafo 1º, inciso IV da CF, na Lei n 6938/81 e na Resolução n 1/86 do CONAMA e visam identificar as externalidades e o custo-benefício de determinados empreendimentos da iniciativa privada e de concessionárias de serviços públicos. Assim como a análise do custo-benefício são instrumentos de avaliação dos impactos, no entanto, diferenciam-se pela metodologia dos procedimentos e pelos objetos sujeitos à avaliação. O tema é

em seus Anexos I e II um questionário referente à prévia análise da necessidade, da adequação e dos impactos do ato normativo, o qual seria aplicável, por analogia, como base normativa das análises de impacto.¹⁰¹

Por outro lado, não pode ser olvidado que o Poder Legislativo possui um papel decisivo na implementação das políticas públicas, pelo que a adoção de um mecanismo de avaliação dos impactos legislativos é igualmente imprescindível para a qualidade da legislação e a promoção do bem-estar.

A recente experiência de países estrangeiros na criação de órgãos específicos para a análise dos impactos legislativos antecipa a tendência global de estender o procedimento de avaliação dos custos e dos benefícios, originalmente aplicável na atividade regulatória, para a atividade legislativa. Nesse sentido, na Suíça, em 1991, foi criado o *Parliamentary Control of the Administration* (PCA), órgão vinculado à Assembleia Federal, para exercer o controle de legalidade, a adequação das medidas governamentais e a eficiência dos resultados dos projetos de leis. Na Suécia, órgão semelhante foi criado em 2002, denominado *Parliamentary Evaluation and Research Secretariat*, com o propósito principal de avaliar os impactos das legislações propostas. Na Inglaterra, desde 2002, o *Scrutiny Unit*, vinculado à Câmara dos Comuns, provê conhecimento especializado para seleção de comitês responsáveis pela avaliação prévia e posterior dos impactos decorrentes da atividade legislativa.¹⁰²

Assim sendo, a avaliação dos impactos das decisões públicas deve ser vinculante também ao Poder Legislativo, razão pela qual se faz necessário que o legislador exija e padronize um procedimento de avaliação dos impactos da atividade regulatória e legislativa.

Note-se que, não desprezados os tímidos avanços, particularmente no que tange à tentativa de normatização do procedimento de avaliação dos impactos das regulações, a legislação brasileira não exige a observância ou a realização de um

abordado na presente dissertação no Capítulo II, no item 2.5.3 Análise do custo-benefício e riscos de impactos globais e irreversíveis ao meio ambiente.

¹⁰¹ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 427.

¹⁰² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

procedimento padronizado para a análise dos custos e dos benefícios na tomada de decisões públicas.¹⁰³

No que concerne à avaliação do impacto das regulações no cenário nacional, insta sinalar que o Comitê de Política Regulatória da OCDE, a fim de propiciar maior qualidade à regulação de países membros ou não, periodicamente apresenta uma “Recomendação do Conselho da OCDE sobre a Política e Governança Regulatória”. Ressalta-se que, para a Organização, o conceito de regulação é determinado pelo conteúdo e pode abranger outros instrumentos normativos:

[...] conjunto diverso de instrumentos por meio dos quais os governos estabelecem exigências às empresas e [aos] cidadãos. As regulações incluem as leis, pedidos formais e informais e normas subordinadas emitidas por todos os níveis de governo, e as normas emitidas por organismos não governamentais ou autorreguladores a quem os governos delegaram poderes normativos.¹⁰⁴

A última recomendação da OCDE, emitida em 22 de março de 2012, repetindo o teor das recomendações anteriores, enfatiza a necessidade de implementação de um mecanismo para a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR):

Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os *trade-offs* das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.¹⁰⁵

¹⁰³ Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 349 de 2015, para emendar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Art. 1º Inclua-se os seguintes artigos no Decreto-lei n. 4.657, de 1942: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.” No entanto, a mera previsão legal para que as consequências práticas sejam consideradas, sem que seja padronizado o mecanismo de procedibilidade, não é suficiente para garantir a avaliação dos impactos das decisões públicas.

¹⁰⁴ A OCDE elenca três grandes categoriais de regulação: a econômica, a social e a administrativa. A regulação econômica refere-se à intervenção estatal direta nos mercados para a maximização do bem-estar. A regulação social refere-se à intervenção para a proteção de interesses públicos relevantes, como saúde, segurança e meio ambiente. A regulação administrativa concerne aos trâmites burocráticos e às formalidades administrativas necessárias para assegurar a aplicação das normas. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em:

A normatização da Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) já havia sido recomendada ao Brasil em 2007 pela OCDE, no Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil¹⁰⁶, em que foi sugerida a emenda ao Decreto Federal 4.176/2002, por visualizarem nesse instrumento legal a exigência de uma espécie de avaliação dos impactos decorrentes dos atos normativos do Poder Executivo Federal.¹⁰⁷

Nesse rumo, é fundamental a criação de um órgão central fiscalizador da qualidade regulatória apto a examinar o uso da AIR em outras instituições governamentais. A OCDE sugere que esse órgão supervisor esteja vinculado à Casa Civil e afirma que os Ministérios e as agências devem estar preparados para colocar a AIR em prática o mais breve possível dentro do processo de tomada de decisões. Ciente de que a implementação do procedimento exige também a alteração da cultura administrativa, a OCDE recomenda a introdução de uma fase preliminar experimental, a fim de aperfeiçoar e consolidar o procedimento.

No Brasil, o Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)¹⁰⁸, criado pelo Decreto nº 6.062/2007, cuja previsão inicial era de três anos de duração, seguindo a orientação da OCDE,

<<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁰⁶ Conceito de AIR para a OCDE: “A AIR é uma ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente, na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem ter. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>>. Acesso em: 15 nov. 2015. p. 62.

¹⁰⁷ O Decreto 4.176/02 estabelece normas e diretrizes para elaboração de atos normativos do Poder Executivo Federal. O autor do projeto terá que responder a uma série de questionamentos, constantes no Anexo 1 desse decreto, referentes à prévia análise da necessidade, da adequação e dos impactos do ato normativo. O questionário em muito repete a metodologia da Avaliação de Impacto Regulatório outrora proposta pela OCDE, o que explica o fato de a OCDE ter recomendado a previsão legal da AIR por emenda ao Decreto n. 4.176/02.

¹⁰⁸ O PRO-REG foi instituído por decreto federal e tem como missão institucional contribuir para a melhoria do sistema regulatório. Dispõe de recursos oriundos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), por meio de Contrato de Empréstimo, e recursos da União, sob a forma de contrapartida. Consoante as estimativas do PRO-REG, no período de 2008 a 2009, mais de 700 servidores foram treinados e, quando concretizada a previsão de normatização da exigência da Análise do Impacto Regulatório, serão mais de mil treinamentos na temática regulatória e sobre as ferramentas de análise de impacto da regulação. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/proposta-de-atos-normativos-para-implantacao-da-analise-de-impacto-regulatorio>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

elaborou um estudo referente à futura previsão normativa da AIR.¹⁰⁹ Ademais, o PRO-REG, em parceria com algumas agências reguladoras federais e estaduais (a saber, Ancine, Aneel, ANP, ANS, Antaq, Anvisa¹¹⁰, Anac e Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE), introduziu projetos-piloto para capacitação dos servidores públicos no emprego de metodologias para análises de impacto regulatório e para potencializar o uso dessa ferramenta de melhoria da qualidade regulatória.¹¹¹

Outrossim, tramita no Senado Federal o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras 52/2013, substitutivo do Projeto de Lei da Câmara 3.337/2004, retirado de pauta em 2013, o qual dispõe sobre a gestão, a organização e os mecanismos de controle social das agências reguladoras federais. O projeto prevê a criação do Conselho de Governo, um órgão de supervisão regulatória, de composição colegiada e ministerial, a quem competiria a avaliação e o acompanhamento de assuntos regulatórios, a avaliação de atos de caráter geral de significativo impacto e de suas avaliações de impacto regulatório.¹¹²

¹⁰⁹ Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/proposta-de-atos-normativos-para-implantacao-da-analise-de-impacto-regulatorio>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹¹⁰ A ANVISA empreende diferentes tipos de Análise de Impacto Regulatório. AIR nível 1: é destinada, essencialmente, à reflexão e à análise do problema que será objeto da proposta de regulação, bem como visa coletar e disponibilizar informações iniciais para subsidiar o processo de tomada de decisão. Requer a análise das medidas regulatórias alternativas, objetivos e medidas para alcançá-los, recursos necessários, identificação dos principais atores interessados, mecanismos para viabilizar a consulta e a participação dos atores, documentos de referência e principais custos e dificuldades com a nova regulamentação ou revisão de norma já existente. AIR nível 2: é realizada com a colaboração de atores internos ou externos, envolve uma triagem dos impactos potenciais – de governança, internacionais, econômicos, sociais e operacionais – que uma ação regulatória pode ter a partir de um questionário composto por critérios previamente estabelecidos, baseado em diferentes metodologias de análise, conforme a disponibilidade de dados, a complexidade e a especificidade do objeto. AIR nível 3: consiste em um estudo completo sobre a análise de impacto regulatório que envolve a colaboração de especialistas em técnicas avançadas de AIR. Deve ser realizada para propostas de maior impacto potencial. Atualmente a Anvisa vem desenvolvendo uma análise de impacto nível 3, por meio do trabalho realizado sobre descarte de medicamentos. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/Anvisa+Portal/Anvisa/regulacao+sanitaria/Assuntos+de+interesse/Analise+de+Impacto+Regulatorio/Assuntos+de+interesse/Analise+de+Impacto+Regulatorio>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹¹¹ A OCDE relata a introdução do mecanismo de avaliação das decisões públicas por meio de projetos-piloto em diferentes países em desenvolvimento, a exemplo do projeto desenvolvido em Uganda, em parceria com a Universidade Manchester da Inglaterra, e no Kenya, onde foi inicialmente aplicado ao setor de telecomunicações. Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008. p. 62-63.

¹¹² O projeto é bastante similar ao Projeto de Lei da Câmara nº 3.337/2004, arquivado depois de quase dez anos de tramitação a pedido da presidente Dilma Rousseff, em 2013, o qual foi severamente criticado pelos setores produtivos, consumidores, entes regulados e pela academia

Dessa feita, há aproximadamente dez anos o governo brasileiro esboça uma tímida tentativa de implantar uma técnica de avaliação dos impactos resultantes das regulações e promover a melhoria da qualidade das regulações.¹¹³

Para além do âmbito das regulações na implementação de políticas públicas, denota-se que, ao menos no que concerne às contratações de regime diferenciado (Lei 12.462/2011), há previsão legal da prévia análise do custo-benefício:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e [aos] contratos necessários à realização: [...] § 1º O RDC tem por objetivos: [...] II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; [...] Art. 4º Nas licitações e [nos] contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas compreende, entre outros empreendimentos, a Copa do Mundo FIFA 2014, os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), projetos recentemente executados ou ainda em desenvolvimento a expensas de investimentos de vultosos recursos públicos, nos quais evidentemente a análise dos custos e dos benefícios resultantes não foi realizada a contento, fato é que o déficit primário das contas públicas do país, no ano de 2015, alcança a cifra estimada de 50 bilhões de reais, o que implica inevitáveis cortes no orçamento da educação, da saúde e da segurança pública.¹¹⁴

Lógico que o rombo orçamentário das contas públicas não pode ser atribuído exclusivamente à execução de alguns dos empreendimentos previstos na Lei 12.462/2011. Contudo, alguns exemplos evidenciam a quimera legal e o total descaso na análise dos custos e dos benefícios na execução das políticas públicas.

por submeter atuação das agências reguladoras federais aos interesses do Governo, desvirtuando-as de sua missão.

¹¹³ Sobre o atual cenário do sistema regulatório brasileiro, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

¹¹⁴ CRUZ, Valdo; AMORA, Dimmi; VERSIANI, Isabel. Governo deve oficializar deficit de R\$ 50 bilhões no Orçamento nesta 4ª. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/10/1696120-deficit-de-r-50-bilhoes-do-governo-deve-ser-oficializado-nesta-quarta.shtml>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

A Copa do Mundo 2014 custou ao Brasil 25,6 bilhões de reais, entre obras de estádios e infraestrutura. Desse valor, 83,6% foi custeado pelos cofres públicos. Segundo a “Cartilha da Copa”, o Governo previa que o evento agregaria 30 bilhões de reais à economia brasileira no ano de 2014. Ainda, para tentar justificar os custos, o governo restringiu-se a alegar que, desde 2010, investiu 825 bilhões de reais em educação e saúde, ou seja, valor cem vezes superior ao custo da reforma e da construção dos estádios.¹¹⁵

Basta ver que a economia do Brasil no ano da Copa cresceu apenas 0,1% (o Produto Interno Bruto calculado pelo IBGE foi o pior dos últimos cinco anos retroativos) para ter certeza de que as estimativas de crescimento econômico do governo eram ilusórias. Quanto ao suposto valor investido em educação e saúde, ainda que por si só fosse suficiente para justificar os custos para realização do evento, tais serviços notoriamente não são prestados satisfatoriamente à população, pelo que deveriam constar como prioridades para fins de alocação dos escassos e finitos recursos públicos.¹¹⁶

A construção da Ferrovia Norte Sul, obra do PAC, igualmente evidencia o descaso na avaliação dos custos e dos benefícios decorrentes das decisões públicas. A ferrovia, em construção há 27 anos, possui o louvável propósito de interligar a malha ferroviária e diminuir custos de transporte, conectar quatro regiões entre nove estados brasileiros via mais de 4 mil quilômetros de trilhos, dos quais o governo afirma ter concluído 1.574 quilômetros, ao custo estimado de R\$ 25,8 bilhões. Entretanto, considerando que está em construção há mais de duas décadas, e que não há uma padronização do procedimento adotado na estimativa

¹¹⁵ BRASIL. **O que você precisa saber sobre a Copa do Mundo**. 2014. Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/sites/default/files/cartilha_copa_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹¹⁶ Cf. UOL ECONOMIA. Economia brasileira cresce 0,1% em 2014, pior resultado em 5 anos, diz IBGE. **UOL**, São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/03/27/pib-2014.htm>>. Acesso em: 12 out. 2015. “O PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro fechou o ano em leve alta de 0,1%. Os dados consideram a metodologia atualizada do cálculo. Foi o pior resultado para a economia desde a queda de 0,2% em 2009, auge da crise econômica mundial. O PIB é a soma de tudo o que é produzido no país, e foi divulgado nesta sexta-feira (27) pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Essa soma foi de R\$ 5,521 trilhões no ano passado. O PIB *per capita* ficou em R\$ 27.229, uma queda de 0,7% (em volume) em relação a 2013.”

dos custos e dos benefícios, o real impacto econômico e social da obra é totalmente ignorado pelo Estado e pela população.¹¹⁷

As Leis nº 12.254/2010 e nº 12.024/2009 também podem ser apontadas como exemplos para revelar a necessidade de implantação de um mecanismo de avaliação do impacto legislativo. A exposição de motivos da Lei nº 12.254/2010 dispõe que o Poder Executivo reajustaria os benefícios superiores ao salário-mínimo dos aposentados e dos pensionistas do Regime Geral de Previdência Social em índice superior ao da inflação, no período previsto na Medida Provisória nº 475/2009, em razão de que beneficiaria 8.359 milhões de segurados. Presume-se que o agente político avaliou intuitivamente os benefícios da concessão, estimou que o expressivo número de segurados beneficiados resultaria na redução da pobreza, no crescimento econômico do País e incrementaria o bem-estar da população. No entanto, a avaliação não mensura os impactos da concessão do reajuste sobre o equilíbrio atuarial do regime previdenciário ou sobre a arrecadação tributária.

Fernando Meneguim, consultor do Senado Federal, avalia que, na espécie, a análise do impacto legislativo demonstraria que investir os recursos em outras alternativas, a exemplo dos programas existentes para atender segmentos mais carentes da sociedade, seria mais eficiente para a redução da pobreza e da desigualdade.¹¹⁸

Da mesma sorte, a Medida Provisória nº 460/2009, convertida na Lei nº 12.024/2009, com o propósito de desonerar a construção civil, combater os efeitos da crise financeira internacional e incentivar atividade econômica e a criação de empregos, unificou a alíquota de diversos tributos em 1% aplicável aos projetos de incorporação imobiliária e aos contratos de construção de habitações no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, destinado à construção de unidades residenciais de valor comercial de até R\$ 60.000,00. Todavia, a avaliação dos benefícios e dos

¹¹⁷ G1 GO. Primeiro transporte de cargas deve ser feito na Ferrovia Norte-Sul, em GO. **Globo**, 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/12/primeiro-transporte-de-cargas-e-realizado-na-ferrovia-norte-sul-em-go.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹¹⁸ MENEGUIM, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-70-avaliacao-de-impacto-legislativo-no-brasil>>. Acesso em: 17 nov. 2015. A fragilidade das exposições de motivos destas Medidas Provisórias evidencia que o questionário do Anexo 1 do Decreto nº 4.176/02, que estabelece uma espécie de avaliação do impacto dos atos normativos do Poder Executivo Federal, é meramente ilustrativo.

custos decorrentes do programa de incentivo à construção civil foi meramente intuitiva, e o programa fracassou pela inabilidade técnica do agente político ao estipular o valor teto insuficiente ao financiamento da construção civil de residências, resultando apenas no impacto negativo não desejável de reduzir a arrecadação de projetos em desenvolvimento.¹¹⁹

Assim, para que a avaliação dos impactos das decisões públicas não represente apenas um devaneio intuitivo, e para que se obtenha maior transparência na motivação da atuação governamental na alocação dos recursos públicos, urge que o legislador introduza, de maneira clara, precisa e padronizada, um mecanismo apto à avaliação dos custos e dos benefícios resultantes da atividade regulatória e legislativa.

A previsão normativa de um mecanismo de avaliação dos custos e dos benefícios decorrentes das decisões públicas representa o início de uma longa jornada a ser percorrida na busca por eficiência, qualidade e sustentabilidade na implantação dos programas de políticas públicas, a qual apenas se perfectibilizará com a mudança de comportamento das instituições e das pessoas envolvidas nos processos de decisão pública, bem como demanda significativos investimentos na capacidade técnica organizacional e burocrática de tais instituições.

¹¹⁹ MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-70-avaliacao-de-impacto-legislativo-no-brasil>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

2 PROCEDIMENTO E DESAFIOS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

2.1 PROCEDIMENTO DA ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

A execução do procedimento da análise do custo-benefício possui um custo econômico e social elevado. Portanto, para que se justifique, somente deve ser exigível quando o valor econômico dos impactos decorrentes da atuação pública exceder um determinado limite, a ser definido pelo legislador em conformidade com o contexto em que se implantará.

No que concerne à avaliação dos impactos das legislações e das regulações cujos valores não estejam abrangidos pela análise do custo-benefício, é importante que um procedimento mais simplificado seja igualmente padronizado e positivado pelo legislador, o qual poderia ser a própria técnica da análise do custo-benefício abreviada, a depender da conveniência e da discricionariedade do legislador.

A definição do valor mínimo à exigência legal do procedimento deve considerar não apenas os custos diretos do procedimento – a exemplo dos custos inerentes à contratação dos profissionais com formação multidisciplinar que auxiliarão na execução da avaliação, dos custos da obtenção e do processamento das informações, dos custos do desenvolvimento de recursos computacionais, entre tantos outros –, mas também os custos indiretos da realização da técnica de avaliação, como os eventuais prejuízos referentes a período de espera para implantação da medida avaliada.

Nos Estados Unidos, por exemplo, desde a primeira Ordem Executiva emitida em 1981, exige-se a análise do custo-benefício apenas quando o impacto financeiro anual, os custos e os benefícios forem superiores a US\$ 100 milhões de dólares ou quando os impactos negativos afetarem substancialmente a economia – ou um setor da economia –, a produtividade, a competição, os empregos, o meio ambiente, a saúde pública ou a segurança, os Estados, os governos tribais ou as comunidades.

Na União Europeia, a análise do custo-benefício é requisito somente para a aprovação de subsidiar grandes projetos (*major project*) dos países membros, assim definidos quando o total dos custos ultrapassar 25 milhões de euros para projetos

referentes ao meio ambiente ou 50 milhões de euros para projetos que envolvam qualquer outra seara.¹²⁰

No México, a avaliação do impacto regulatório é exigível a todas as regulações que apresentem custos de implementação. A partir de um teste quantitativo e qualitativo, denominado “calculador para diferenciação de impacto”, a regulação é submetida à avaliação de impactos elevados ou moderados, a qual se diferenciará pelo grau de detalhamento na análise.¹²¹

Verificada a hipótese da realização do procedimento da análise do custo-benefício, é fundamental afastar soluções simplistas facilmente impugnáveis. Para tanto, faz-se necessário padronizar o procedimento a ser adotado, isto é, traçar a estruturação do procedimento a ser adotado.

A estrutura apresentada por Amartya Sen para a análise do custo-benefício, composta por princípios básicos e três grupos de requisitos adicionais, cada qual com suas subdivisões, possibilita racionalizar subjetivamente o procedimento a ser adotado. Eis a estrutura da análise do custo-benefício apresentada por Sen:

- I) princípios fundamentais:
 - 1) avaliação explícita,
 - 2) avaliação consequencialista,
 - 3) cálculos aditivos;
- II) demandas estruturais:
 - 1) suposta integralidade,
 - 2) total conhecimento ou entendimento probabilístico,
 - 3) avaliações não interativas e não paramétricas;
- III) indiferenças avaliativas:
 - 1) não avaliação de ações, motivos e direitos,
 - 2) indiferença ao valor intrínseco da liberdade,
 - 3) visão instrumental de valores comportamentais;
- IV) avaliação de mercado:

¹²⁰ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Directorate-General Regional Policy. **Guidance on the Methodology for Carrying out Cost-Benefit Analysis Working**: Working Document, n. 4, p. 1-23, ago. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/2007/working/wd4_cost_en.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹²¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

- 1) confiança no critério disponibilidade para pagar,
- 2) suficiência da potencial compensação,
- 3) desconsideração das opções de escolha social.¹²²

A estruturação subjetiva da análise do custo-benefício de Amartya Sen é mais bem contextualizada com a definição objetiva das etapas da implementação da técnica.¹²³

O processo objetivo da análise do custo-benefício perpassa pelas seguintes etapas:

- 1) identificar o objetivo da atuação estatal e as potenciais opções alternativas para a implementação das políticas públicas almejadas, incluindo a opção pela inércia;
- 2) identificar a titularidade dos indivíduos que suportarão os benefícios e os custos;
- 3) determinar e catalogar os possíveis impactos de cada uma das opções sobre o período previsível em que produzirão efeitos;
- 4) monetizar os impactos passíveis de quantificação;
- 5) avaliar qualitativamente os custos e os benefícios não quantificáveis e não qualificáveis;
- 6) descontar custos e benefícios futuros depois de convertidos para valores monetários atuais;
- 7) computar os benefícios e os custos líquidos de cada alternativa;
- 8) fazer a análise de sensibilidade;
- 9) convocar a participação popular para confrontação e validação dos resultados;
- 10) fundamentar a decisão pública com a apresentação de um relatório que contenha as informações sobre todas as fases anteriores.¹²⁴

¹²² SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 555.

¹²³ A metodologia proposta foi desenvolvida com base na Circular A-4, de 17/09/2003, da OMB dos Estados Unidos, a qual orienta a execução padronizada do relatório da AIR das agências federais, que deve ser reportado à OIRA, por sua vez responsável pela apresentação do relatório anual ao Congresso de que trata o *Right-to-know Act*. ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **Circular A-4**, set. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 12 jun. 2015. Acesso em 03/06/2015. Note-se que não há uma fórmula única para a metodologia da análise do custo-benefício. Alguns descrevem um procedimento mais simples, em quatro etapas: identificar e classificar os custos e os benefícios, converter os riscos da medida em custos, quantificar os custos e os benefícios e apresentar as informações resultantes da análise do custo-benefício racionalmente. TOMAIN, Joseph P., CUDAHY, Richard D. **Energy Law in a Nutshell**. St. Paul, MN: West Publishing, 2011. p. 209.

A primeira etapa consiste na descrição do problema a ser enfrentado e da necessidade da atuação governamental para a solução da questão visualizada. Tratando-se de regulação, caso a agência pretenda regular para suprir uma falha de mercado, deverá descrever tal falha de maneira qualitativa e, na medida do possível, quantitativa, bem como demonstrar que tal regulação é o melhor modo de resolver o problema.

Caso a atuação ocorra mediante proposição legislativa de implementação de política pública, o legislador deve apontar expressamente para o problema visualizado. Por exemplo: explicar se pretende combater a discriminação de gênero ou racial, garantir maior proteção à privacidade, combater a poluição ambiental, reforçar a segurança pública etc. As opções alternativas à atuação estatal e potencialmente suficientes à solução da questão também devem ser identificadas, isto é, deve ser identificada e explorada a hipótese da solução do problema diante da inércia pública.

A avaliação das opções plausíveis à atuação administrativa corresponde à avaliação explícita elencada por Amartya Sen como um princípio fundamental da análise do custo-benefício, a qual impõe a necessidade de uma articulação mais plena, para superar a prática regularmente adotada e santificada pela tradicional abordagem da avaliação das decisões públicas, de que o certo por vezes é sabido e por isso implícito, ainda que não se saiba por qual razão é o correto. É a insistência em uma abordagem racionalista, que demanda a completa explicação dos motivos que levaram à tomada da decisão, em vez de simplesmente confiar numa convicção desmotivada ou numa conclusão implícita.¹²⁵

¹²⁴ A OCDE sugere seis etapas na formulação da AIR: 1) identificar o problema a ser solucionado com a intervenção estatal; 2) identificar todas as opções que atingiriam a política almejada; 3) identificar e quantificar os impactos das opções consideradas, incluindo custos, benefícios e efeitos distributivos; 4) desenvolver estratégias de execução e cumprimento das opções avaliadas, incluindo avaliar a eficácia e a efetividade; 5) desenvolver mecanismos de monitoramento para avaliação do êxito da atuação estatal e alimentação do banco de dados para a adoção de melhores políticas no futuro; 6) incorporar sistematicamente consultas públicas, a fim de permitir que todos os interessados participem do processo da atuação estatal. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA)**: guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008. p. 16. Não obstante, entende-se que a implementação das etapas 4 e 5 não devem integrar o procedimento da análise do custo-benefício de uma decisão pública específica. As estratégias e os mecanismos propostos serão mais eficientes se forem desenvolvidos e executados por órgão de controle e revisão da análise do custo-benefício.

¹²⁵ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 558-559. A avaliação explícita empregada para decisões pessoais pode não ser aconselhável, mas é certo que as decisões públicas necessitam de uma justificação que permita aos não envolvidos na

A segunda etapa refere-se à identificação do grupo social que será considerado para avaliação das variáveis, ou seja, é a definição da titularidade dos indivíduos que suportarão os benefícios e os custos. Nessa fase, há que se definir se os custos e os benefícios serão considerados na perspectiva global, federal, regional ou local. A questão é tormentosa em questões ambientais, cujas consequências não encontram fronteiras; seus efeitos são globais.

Identificar quem suportará os custos é fundamental à avaliação dos impactos distributivos das decisões públicas, mormente quando considerado que nem sempre os benefícios e os custos recaem sobre os mesmos indivíduos. Nesse sentido, é pertinente a observação de Ulrich Beck de que há uma assimetria radical entre aqueles que tomam as decisões públicas, assumem os riscos, custos e benefícios provenientes, e as pessoas sujeitas a esses riscos, que muitas vezes se sujeitam até mesmo aos efeitos não previsíveis e talvez até paguem com suas vidas por riscos não assumidos, sem ao menos ter tido a chance de participar do processo da tomada de decisão pública.¹²⁶

A terceira fase consiste em determinar os possíveis impactos de cada uma das alternativas possíveis, catalogá-los como custos ou benefícios e definir o período previsível em que produzirão efeitos. A identificação dos impactos deve ser explícita. Exige a descrição de como o projeto em avaliação impactará, positiva ou negativamente, a vida das pessoas. Considera-se um impacto quando há uma relação de causalidade entre o resultado físico e a consequência gerada. Nesse caso, a informação sobre os impactos das políticas públicas similares previamente implantadas poderá contribuir como um importante instrumento de orientação para a previsão dos impactos futuros.

Alguns impactos são previsíveis e monetizados em preços de mercado com certo grau de confiabilidade, a exemplo da utilização de recursos públicos na implementação de um projeto ou uma política pública. Não obstante, outros impactos podem apenas ser previstos de modo indireto com base em uma referência estatística e, por isso, são mais imprecisos, a exemplo dos impactos

tomada da decisão saber exatamente por que razão se optou por uma escolha em detrimento de outra. A adoção da avaliação explícita na tomada de decisões públicas não está imune a críticas, pois por certo o consenso é mais fácil de ser obtido quando os exatos fundamentos para aquele acordo não forem precisamente articulados.

¹²⁶ BECK, Ulrich. **Pioneer in cosmopolitan sociology and risk society**. Londres: Springer, 2015. p. 115.

referentes à alteração do comportamento das pessoas na consecução do projeto em avaliação.¹²⁷

Os impactos da atuação pública transcendem os benefícios visados, de maneira que a minimização de um risco pode involuntariamente potencializar a existência de outros riscos. Por exemplo: medidas voltadas à redução dos níveis de ozônio podem causar o efeito nefasto de potencializar a incidência do câncer de pele; banir o asbesto pode reduzir as doenças relacionadas à exposição ao asbesto, mas pode exacerbar outros riscos quando substituído por um produto menos efetivo.

A consideração dos efeitos colaterais negativos na análise do custo-benefício, denominada análise do risco compensatório (*risk tradeoff analysis*)¹²⁸, é focada na máxima de que “minimizar um risco pode potencializar um risco compensatório” e na assertiva de que a atuação pública não se justifica quando os riscos compensatórios excederem os benefícios diretos.

Revesz e Livermore dividem os riscos compensatórios em três categorias e ressaltam que todos apresentam benefícios homólogos, os quais também devem ser considerados na análise do custo-benefício. A categoria mais comum de riscos compensatórios envolve os riscos colaterais decorrentes da atuação estatal: reduzir o nível de cloro da água pode reduzir o câncer, mas também pode potencializar a incidência de doenças microbiológicas. Constata-se que os benefícios indiretos são igualmente frequentes. Por exemplo: a redução da emissão do monóxido de carbono dos veículos automotivos reduz o risco de doenças associadas à poluição do ar e indiretamente reduz o risco de fatalidades associadas ao monóxido de carbono relativas a acidentes e suicídios.¹²⁹

A segunda categoria de riscos compensatórios consiste no efeito substitutivo por um produto ou processo que apresenta riscos semelhantes. Por exemplo: banir o adoçante à base de ciclamato em razão de suas propriedades cancerígenas pode

¹²⁷ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 274-275.

¹²⁸ Sobre *risk tradeoff analysis*, ver: GRAHAM, John D.; WIENER, Jonathan Baert. **Risk versus risk: tradeoffs in protecting health and the environment**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

¹²⁹ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 59. No caso da redução da emissão do CO dos veículos automotores, os autores afirmam que um estudo que demonstrou a redução gerou o benefício inesperado de salvar 25 mil vidas por ano, quando a expectativa era a de que a redução do CO, ao reduzir a poluição do ar, salvasse 212 a 551 vidas por ano. Isso revela que os benefícios colaterais podem superar os benefícios diretos e, por isso, precisam ser considerados na análise do custo-benefício.

incentivar o consumo de adoçantes à base de sacarina, produto tão cancerígeno quanto o proibido; ou, ainda, exigir medidas de segurança na produção de energia nuclear a um custo muito elevado pode incentivar o consumo de energia mais barata, cuja produção impõe outros custos ao meio ambiente.¹³⁰

A terceira categoria de riscos está diz respeito ao efeito tranquilizador (*lulling effect*) associado à falsa percepção que a atuação pública pode gerar no que concerne à segurança de um produto, levando os consumidores a superestimarem a segurança em consumir tal produto. Em contrapartida, verifica-se um benefício análogo ao efeito tranquilizador quando a atuação pública voltada à proteção da saúde ou da segurança desperta o interesse e a conscientização da população para o problema. Por exemplo: medidas voltadas à redução das mudanças climáticas podem conscientizar a população para o efeito deletério do consumo dos recursos não renováveis, ainda que não gerem impactos sobre as mudanças climáticas.¹³¹

Os benefícios colaterais – ou benefícios auxiliares – também devem ser catalogados, principalmente quando os benefícios diretos resultantes da medida não puderem ser quantificados ou monetizados. Por exemplo: a imposição de medidas objetivando reduzir a emissão de mercúrio contribui indiretamente para a redução de outros poluentes, a exemplo do material particulado. Nesse caso, diante da impossibilidade de quantificar os benefícios diretos resultantes da redução do mercúrio, resta monetizar os benefícios compensatórios da redução de outro poluente.¹³²

O importante é definir, para além dos benefícios e dos custos diretamente associados, os benefícios auxiliares e os riscos compensatórios. Nesse sentido, a Circular A-4 do OMB, a qual orienta a execução padronizada do relatório da AIR das agências federais dos Estados Unidos, define benefício auxiliar como um impacto favorável da regulação, que é tipicamente não relacionado ou secundário ao propósito exposto pelo estatuto, e risco compensatório como um acontecimento econômico adverso, uma consequência à saúde pública, à segurança ou ao meio

¹³⁰ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 59-60.

¹³¹ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 59-60.

¹³² SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 55-56. A Circular A-4, que orienta a aplicação da Ordem Executiva 12.866, permite que as agências reguladoras norte-americanas considerem os cobenefícios na análise do custo-benefício.

ambiente, resultante da regulação e que não esteja inserido na conta direta dos custos da regulação.¹³³

Outrossim, identificar os custos e os benefícios decorrentes da atuação estatal requer diferenciá-los dos pagamentos de transferência. Os custos afetam o montante total de recursos disponíveis para a população, ao passo que os pagamentos de transferência são transferências monetárias de um grupo social para outro, as quais não afetam o total de recursos disponível para a sociedade, isto é, ocorrem quando a riqueza ou a renda são redistribuídas sem provocar alterações no bem-estar coletivo.¹³⁴

Os pagamentos de transferência são importantes na questão dos efeitos distributivos referentes aos impactos decorrentes da atuação estatal sobre a população, considerando que aqueles que suportam os custos geralmente não serão os beneficiados. Assim como os efeitos distributivos, podem ser relatados de maneira complementar ao procedimento da análise do custo-benefício, a exemplo da previsão norte-americana¹³⁵, ou de modo integrado à catalogação dos custos e dos benefícios no próprio procedimento da análise do custo-benefício. Os custos sociais de oportunidade, equivalentes ao valor social perdido quando os recursos em questão são transferidos de atividades alternativas para o projeto específico, também devem ser especificados.

A identificação dos possíveis impactos das alternativas viáveis à atuação estatal deve ser interpretada à luz da avaliação subjetiva consequencialista de Amartya Sen, para quem os custos e os benefícios devem ser encarados com base nas consequências (nos impactos) decorrentes das decisões tomadas, nestes

¹³³ UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4**: regulatory analysis. Washington: OBM. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹³⁴ Por exemplo, a tributação da emissão de um poluente prejudicial à saúde gerado na fabricação de algum produto. Em razão da tributação, as indústrias modificam o processo de fabricação para reduzir, mas não eliminar a emissão do poluente. Os benefícios da tributação são a redução da mortalidade, de doenças e de deficiências resultantes da redução da emissão do poluente, bem como benefícios ao ecossistema, à visibilidade e assim por diante. O custo da tributação é equivalente ao custo suportado pelas indústrias para a modificação do processo de fabricação. O tributo pago pelas indústrias para o governo é a transferência de pagamento e não gera efeitos nos benefícios líquidos da tributação.

¹³⁵ UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4**: regulatory analysis. Washington: OBM. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015. As Ordens Executivas 13.563 e 12.866 determinam que a análise regulatória deve fornecer uma descrição separada sobre os efeitos distributivos para que o responsável pela tomada da decisão possa propriamente considerá-los em conjunto com os efeitos na economia eficiente.

incluídos os impactos tradicionalmente enfatizados pelo utilitarismo, a exemplo da felicidade e da realização das aspirações individuais, bem como os impactos decorrentes da violação de direitos. Sen afirma que a consideração das “maldades resultantes de ações nefastas e a violação de liberdades e direitos” é a nota distintiva do mundo dos custos e dos benefícios, aproveitando para criticar o mundo de decisão do raciocínio que desconsidera as consequências, fundado apenas em deveres e obrigações.¹³⁶

As demandas estruturais, como requisito adicional aos princípios fundamentais da análise do custo-benefício de Amartya Sen, compõem a suposta integralidade da avaliação, consistente na identificação das consequências (impactos) e atribuição de pesos definitivos e únicos aos custos e benefícios.

Neste sentido, Sen alerta ser bastante implausível a possibilidade de comparação entre tantas alternativas ou mesmo de encontrar a melhor alternativa, pelo que é equivocada a presunção de que todos os custos e benefícios possam ser comparáveis e ranqueados.¹³⁷

Sen sustenta que a suposta integralidade de avaliação e a avaliação consequencialista não se confundem, ao fundamento de que esta última requer apenas a maximização lógica de uma forma geral, não exige a otimização no sentido de que todas as alternativas sejam comparadas e ranqueadas, tampouco exige que a melhor alternativa seja eleita.¹³⁸

A análise do custo-benefício requer a maximização, não precisa da avaliação completa ou de otimização. Insistir na completa avaliação das possibilidades tende a produzir arbitrariedades no que se refere aos imperiosos julgamentos de avaliação e faz com que sejam ignoradas as consequências menos mensuradas ou os valores menos concordantes, ainda que sejam extremamente importantes. Na avaliação de

¹³⁶ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 560-562. Sen ilustra a visão consequencialista com o embate entre a doutrina deontológica de Mahatma Gandhi – com sua insistência em não utilizar a violência, independentemente das consequências – e a defesa de Krishna em Bhagavadgeeta, quando aconselha o herói épico Arjuna a lutar uma guerra sangrenta por ser esse o seu dever, independentemente da sua avaliação sobre as consequências. É uma justa causa, e um guerreiro e general não pode, na visão de Krishna, abandonar suas obrigações. Cita T.S. Eliot, no poema *Four Quartets*, que assim resume a visão de Krishna: “*And do not think of the fruit of the action. / Fare forward*”, ao que Eliot explica: “*Not fare well, / But fare forward, voyagers*”. Sen acredita que a análise do custo-benefício sugere que se opte pela decisão que permita sair-se bem, e não apenas ir em frente, fazendo um trocadilho com Eliot: “*Fare well and not just forward*”.

¹³⁷ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 564-565.

¹³⁸ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 564-565.

Sen, o descaso com os custos humanos está em parte relacionado a essa busca despótica por uma ordem completa de avaliação.¹³⁹

Destarte, é fundamental que a visão consequencialista maximizadora de Sen, no sentido de que o procedimento exige apenas a avaliação das alternativas plausíveis e não uma ordem completa de avaliação, oriente todas as etapas do procedimento da análise do custo-benefício.

Identificados os custos e os benefícios que serão considerados, insta fazer a análise de previsibilidade sobre o período durante o qual os impactos decorrentes da política pública em avaliação surtirão efeitos, isto é, traçar uma linha do horizonte e delimitar a análise nesse período.¹⁴⁰

A quarta etapa no procedimento consiste em atribuir valores monetários aos custos e aos benefícios previsíveis de cada uma das alternativas viáveis numa escala métrica monetária baseada na moeda nacional adotada. A grande questão é como monetizar bens que, por natureza, não são passíveis de quantificação monetária ou precificação. O tema envolve a análise de pontos específicos, entre eles o valor dos bens coletivos e do valor existencial de bens que, pela mera existência, possuem valor econômico, a atribuição de um valor monetário uniforme à redução do risco de vida e estudos de revelação das preferências individuais. A quantificação e a monetização dos custos e dos benefícios é um ponto crucial da análise do custo-benefício, de modo que as principais questões atinentes a essa etapa do procedimento serão analisadas de maneira mais detida no próximo item deste estudo.

A quinta etapa do procedimento de avaliação dos impactos decorrentes da decisão pública consiste na avaliação qualitativa dos custos e dos benefícios não quantificáveis. Determinados bens não são passíveis de monetização, a exemplo da equidade, da dignidade humana e da justiça. Nesse caso, a inviabilidade de precificação direciona a análise do custo-benefício à consideração de todas as informações disponíveis referentes à quantificação numérica dos benefícios e dos custos. Assim, por exemplo, quando for inviável a monetização dos benefícios decorrentes da atuação pública visando à proteção da dignidade ou da privacidade,

¹³⁹ SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 564-565.

¹⁴⁰ Nos Estados Unidos, o período futuro adotado na análise das agências é de 10 a 20 anos, raramente excedendo 50 anos. Cf. ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **Circular A-4**, set. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 12 jun. 2015.

o número dos indivíduos alcançados deverá ser considerado como benefício decorrente da atuação pública.

Da mesma sorte, quando os benefícios e os custos não forem passíveis de quantificação numérica, toda a espécie de informação disponível deve ser considerada. Por exemplo, caso seja inviável identificar quantos são os indivíduos expostos a determinado risco que se pretende reduzir, a análise deverá considerar a magnitude do risco ao qual as pessoas foram expostas. Ademais, outros fatores qualitativos dos benefícios podem ser considerados, a exemplo dos efeitos relacionados à melhoria na qualidade de vida ou à preservação da beleza estética ou paisagística.

De outro lado, diante da impossibilidade de monetização dos benefícios, é recomendável que se faça a análise do ponto de equilíbrio (*breakeven analysis*) para avaliar a importância desses benefícios. A análise do ponto de equilíbrio deve responder à seguinte questão: qual o valor mínimo dos benefícios não quantificáveis para que a decisão pública apresente zero benefícios líquidos?¹⁴¹

A análise do ponto de equilíbrio consiste na análise condicional dos custos e dos benefícios, na qual os benefícios justificam os custos se preenchidas determinadas condições. Na análise do ponto de equilíbrio, cumpre identificar o valor mínimo ou o valor máximo dos benefícios estimados para comprovação de que na análise de sensibilidade, ou seja, sobre quaisquer hipóteses plausíveis, a decisão pública é justificável.

De outra forma, quando inviável identificar os limites mínimos e máximos dos benefícios à justificação da decisão, são úteis as comparações com outros benefícios correlacionados e monetizados em circunstâncias distintas. Por exemplo: em alguma medida de proteção à determinada espécie em extinção, não sendo conveniente ou sendo inviável a monetização do valor dessa espécie, o valor estatístico da vida, definido em outras políticas públicas voltadas à proteção da saúde, pode ser utilizado como parâmetro para a definição do valor estimativo do benefício resultante da proteção da espécie em extinção. Da mesma sorte, o valor estatístico da vida poderá servir como parâmetro de aferição para, por exemplo,

¹⁴¹ A Circular A-4, que orienta o procedimento da análise do custo-benefício a ser realizado pelas agências federais norte-americanas, sugere que benefícios importantes não quantificáveis sejam submetidos à análise do ponto de equilíbrio – ou análise do ponto de corte (*threshold analysis*). Cf. ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **Circular A-4**, set. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 12 jun. 2015.

atribuir valor monetário à proteção da dignidade humana quando realizadas medidas para a acessibilidade e a mobilidade de pessoas portadoras de deficiências.

Nesse tópico, Sunstein fundamenta que a análise do ponto do equilíbrio é importante para explicitar quais informações são insuficientes, identificar quais pressupostos foram assumidos para que a decisão fosse justificada e conseqüentemente, possibilitar maior transparência às decisões, a responsabilização dos entes públicos e impulsionar a coleta de informações para subsidiar futuras decisões.¹⁴²

A sexta fase do procedimento implica descontar custos e benefícios futuros depois de convertidos a valores monetários atuais mediante a aplicação de uma taxa de desconto. Os projetos ou as políticas públicas geralmente produzem custos e benefícios ao longo do tempo, e, para que esses impactos futuros possam ser mensurados pelo mesmo denominador comum, é preciso convertê-los em valores atuais. Descontar os impactos futuros para valores atuais reflete a ideia de que os recursos disponíveis no futuro valem menos que a mesma quantia de recursos disponíveis no presente.

A justificativa da utilização da taxa de desconto é atrelada à concepção da economia do bem-estar, segundo a qual o bem-estar é mensurado pelo consumo de bens e serviços privados e públicos. Nessa perspectiva, a taxa de desconto reflete a avaliação de bem-estar atual *versus* o bem-estar no futuro.

Ademais, a taxa de desconto incorpora à análise do custo-benefício dois aspectos distintos. O primeiro reflete o fato de que as pessoas preferem consumir no presente a consumir no futuro, o que gera uma taxa marginal positiva de preferência temporal. O segundo aspecto refere-se aos custos de oportunidade, os quais são equivalentes ao valor perdido da rentabilidade futura, na hipótese em que os recursos públicos fossem aplicados em investimentos financeiros em vez de utilizados no presente na implementação das políticas públicas.

Na prática, a taxa de desconto é previamente especificada pelo poder público e o índice será variável, a depender de os efeitos da política pública recaírem sobre a alocação de capital ou o consumo privado de bens ou serviços.

¹⁴² SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 66.

No que tange ao consumo privado de bens e serviços, parte-se do pressuposto de que a atuação pública é inteiramente financiada pela sociedade, de modo que investir em projetos ou políticas públicas reduz a renda da população e, conseqüentemente, afeta o consumo doméstico. Nessa perspectiva, calcula-se a taxa social de preferência temporal (*social rate of time preference*), a qual reflete o índice do sacrifício do consumo atual que a sociedade está disposta a pagar para consumir futuramente.¹⁴³

De outra banda, a abordagem que considera os impactos da atuação estatal sobre o setor privado pressupõe que o setor público e o privado competem pelos mesmos escassos e finitos recursos, razão pela qual os investimentos públicos devem apresentar no mínimo a mesma rentabilidade que teriam os recursos quando investidos pelo setor privado. Sob essa ótica, a taxa de desconto social é calculada com base no custo social de oportunidade do capital (*social opportunity cost of capital*).¹⁴⁴

Kenneth Arrow e outros dez renomados economistas, em artigo publicado na Revista *Science*, defendem que a taxa de desconto dificilmente representará a taxa de retorno dos investimentos privados, razão pela qual entendem que a taxa deve ser fixada com base no valor que os indivíduos estão dispostos a sacrificarem no presente para consumirem futuramente. Sustentam que o poder público deve definir os limites mínimo e máximo do percentual da taxa de desconto, os quais deverão ser aplicados conforme as especificidades das decisões públicas.¹⁴⁵

Nos Estados Unidos, a taxa definida pelo OMB é de 3% (taxa social de preferência temporal) ou 7% (taxa social do custo de oportunidade de capital). No Canadá, o *Federal Treasury Board Secretary* (TBS) estipula a taxa de desconto social em 8%. Na Inglaterra, o *British Treasury* recomenda a taxa de 3,5% e sugere

¹⁴³ A taxa social de preferência temporal é estimada de acordo com a Fórmula de Frank Ramsey: $SRTP = p + \theta \times g$, onde: *SRTP* é a taxa de desconto social; *p* representa a taxa da preferência temporal (medida da impaciência); θ representa a utilidade marginal de consumo, mede o consumo que a sociedade está disposta a sacrificar; *g* reflete a taxa estimada de crescimento do consumo *per capita*, valor que normalmente os economistas presumem positivo em razão de suporem que as futuras gerações estarão melhores. Cf. COLE, Daniel H. Law, politics, and cost-benefit analysis. *Alabama Law Review*, Alabama, v. 64, p. 55-89, 2012. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/772>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 64.

¹⁴⁴ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 270.

¹⁴⁵ ARROW, Kenneth J. et al. Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? *Science*, v. 272, p. 221-222, 2 abr. 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.259.9894&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

a utilização de uma taxa decrescente para projetos cujos efeitos se prolongam por até 30 anos. Na China, a taxa é de 8% para projetos de curto e médio prazo e inferior a 8% para projetos de longo prazo. Nas Filipinas, a taxa é de 15%. Na Índia, de 12%.¹⁴⁶

A União Europeia recomenda a taxa de desconto de 5% e, a depender das condições econômicas do país membro, da natureza do investimento ou do setor abrangido, admite-se que seja utilizado outro índice para a taxa de desconto.¹⁴⁷

No Brasil, em que pese ainda não haver a positivação e a exigência do procedimento da análise do custo-benefício ou de qualquer outro meio de avaliação dos impactos da atuação pública, algumas agências reguladoras preveem a adoção do procedimento em projetos pontuais. Nesse rumo, a Agência Nacional de Energia Elétrica, ciente da importância da definição da taxa de desconto para a programação da expansão da oferta de energia, mormente quando comparados projetos concorrentes que diferem significativamente na distribuição temporal de custos e benefícios, e para o dimensionamento de projetos hidrelétricos e de transmissão, sugere que, na análise do custo-benefício das alternativas à expansão do setor elétrico, utilize-se a taxa de desconto de 8% ao ano.¹⁴⁸

Note-se que a definição de uma taxa de desconto elevada implica atribuir um peso menor aos custos e benefícios futuros, e, em contrapartida, a estipulação de taxa de desconto mais reduzida favorece projetos ou políticas públicas com custos e benefícios futuros. A questão é importante na avaliação dos impactos gerados por períodos muito longos, impactos de efeitos intergeracionais, quando a taxa de desconto deverá ter o menor percentual admissível, a fim de que, além da eficiência econômica e do bem-estar da sociedade, a atuação pública respeite a equidade entre as diferentes gerações afetadas.

¹⁴⁶ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 264-265. Denota-se que, quanto menos desenvolvido for o país, mais elevada será a taxa de desconto social.

¹⁴⁷ Cf. UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Directorate-General Regional Policy. **Guidance on the Methodology for Carrying out Cost-Benefit Analysis Working**: Working Document, n. 4, p. 1-23, ago. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/2007/working/wd4_cost_en.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁴⁸ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Nota Técnica DEA 27/13**: taxa de desconto aplicada na avaliação das alternativas de expansão. 2013. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/DEA%2027-13%20-%20Taxa%20de%20Desconto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

A sétima fase do procedimento compreende comparar os benefícios e os custos líquidos referentes a cada uma das alternativas avaliadas, os quais são calculados mediante a equação de subtração de benefícios líquidos anuais de custos líquidos anuais.

Insta identificar os benefícios sociais líquidos – equivalentes aos benefícios subtraídos os custos – de cada uma das opções plausíveis à atuação estatal, a fim de possibilitar a comparação entre os benefícios de investir os recursos em um ou mais potenciais projetos com os benefícios sociais líquidos de um projeto preterido.¹⁴⁹

A oitava etapa consiste em proceder à análise de sensibilidade, cujo propósito é investigar o grau de incerteza e imprecisão das estimativas previstas na análise do custo-benefício. A análise de sensibilidade visa determinar em que extensão as estimativas dos impactos avaliados são um artefato decorrente das premissas subjetivamente adotadas na avaliação, com a finalidade de prevenir que escolhas subjetivas determinem o resultado da análise do custo-benefício.

Na análise de sensibilidade, todas as informações, todas as pesquisas científicas e todos os modelos utilizados no tratamento das incertezas devem ser expostos de maneira transparente. Ainda, a relação de causalidade entre as inferências e os pressupostos assumidos e o resultado da análise do custo-benefício deve ser identificada e justificada. O procedimento é realizado alterando-se uma variável, uma inferência, uma presunção ou, quando se pretende demonstrar mais enfaticamente a solidez dos resultados diante de alterações mais abrangentes, alterando-se uma combinação de variáveis de maneira simultânea.¹⁵⁰

Nos Estados Unidos, por exemplo, quando o custo anual da regulação das agências reguladoras ultrapassar U\$ 1 bilhão de dólares, exige-se a análise de sensibilidade mais detalhada e a análise formal quantitativa das incertezas, em que

¹⁴⁹ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 7. Os autores anotam que o projeto preterido é usualmente denominado contrafactual (*counterfactual*) e que frequentemente é o *status quo*, que significa o não agir, mas pode ser também alternativa(s) específica(s).

¹⁵⁰ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 177. Há três formas: análise de sensibilidade parcial, análise de sensibilidade do pior e do melhor cenário e análise de sensibilidade Monte Carlo. A parcial é a forma mais utilizada e é aplicada aos pressupostos mais importantes e incertos, focada nas consequências de pressupostos alternativos de elementos-chave. A análise de casos extremos examina quando se verificam as combinações de pressupostos plausíveis capazes de anular os benefícios líquidos. A análise Monte Carlo é mais complexa e visa estimar a distribuição dos benefícios líquidos tratando os pressupostos adotados como variáveis aleatórias.

as implicações de todas as probabilidades distributivas desenvolvidas na análise devem ser tratadas de forma explícita.¹⁵¹

As incertezas podem decorrer de diferentes fatores, como a variabilidade das populações e dos recursos naturais, as limitações no conhecimento científico social e natural, a imprevisibilidade de vários fenômenos, a insuficiência ou a deficiência de dados ou informações disponíveis.

Na hipótese de insuficiência de informações necessárias à avaliação precisa dos impactos das decisões públicas, uma das alternativas é postergar a implementação do projeto ou da política pública até que se produzam dados suficientes, hipótese em que os custos do diferimento acrescidos aos custos para a obtenção dos dados e das informações adequadas devem ser estimados para a justificação do procedimento da análise do custo-benefício.

No caso de as incertezas decorrerem da variabilidade das populações e dos recursos naturais, uma solução possível é refinar o direcionamento da análise diferenciando as políticas sobre subgrupos. A análise dessas políticas deve considerar a incrementação dos benefícios, dos custos de monitoramento, além de execução e alterações na distribuição dos benefícios e dos custos decorrentes do redirecionamento.¹⁵²

A análise de sensibilidade deve transmitir o quão sensíveis são os resultados estimados para alterações nos pressupostos e nas inferências adotados. A confiabilidade e a robustez dos resultados da análise do custo-benefício estão diretamente relacionadas à preservação das estimativas dos impactos quando alterados os pressupostos assumidos para obtenção de tais resultados.

A seguir, insta convocar a população para confrontar e validar os resultados mediante a realização de consultas públicas, pesquisas eletrônicas, audiências públicas e tantos outros instrumentos, os quais são tratados de maneira mais detida

¹⁵¹ Exemplo de análise formal quantitativa das incertezas envolve a estimativa formal das probabilidades de danos ambientais para o solo ou a água, a possibilidade de perda do habitat, o risco para espécies em extinção, a possibilidade de dano à saúde e à segurança. Incertezas associadas às estimativas de custos e benefícios também devem ser incluídas. Assim, a análise de sensibilidade deve ter dois elementos coerentes entre si: análise quantitativa, demonstrando as probabilidades dos resultados mais relevantes, e atribuição de valor econômico para os resultados projetados. ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **Circular A-4**, set. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 12 jun. 2015.

¹⁵² SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 176.

na abordagem dos desafios à análise do custo-benefício, especificamente no item que trata da captação de informações dispersas na sociedade.

A última fase do procedimento da análise do custo-benefício consiste em optar por uma das alternativas e expor a justificação da escolha mediante a apresentação de um relatório (AIR), dispondo das informações necessárias a respeito de cada uma das fases anteriores realizadas.

Note-se que, mesmo quando a opção de o ente público não recair sobre aquela que representar o maior número de benefícios líquidos, ou seja, quando optar por uma alternativa cujos benefícios apenas justifiquem os custos, o AIR deverá informar de maneira suficientemente precisa as consequências de todas alternativas avaliadas.

O AIR deve propiciar transparência na justificação da tomada de decisão pública, apontar para a fonte das informações, dos dados e dos métodos empregados, identificar como as estimativas e as conclusões foram construídas, demonstrar quais premissas e inferências foram adotadas, especificar qual foi o horizonte temporal adotado, a taxa de desconto aplicada para benefícios e custos futuros, discutir as incertezas associadas às estimativas e dispor sobre o modo como a participação popular foi propiciada e avaliada no processo da tomada da decisão pública.

Enfim, o AIR deve transmitir transparência e ser suficientemente fundamentado, a fim de que qualquer pessoa do povo que acessar a análise do custo-benefício realizada compreenda como a classificação de prioridades, pressupostos e estimativas foi construída para que justificasse a tomada da decisão pública.

2.2 MONETIZAÇÃO DOS IMPACTOS DAS DECISÕES PÚBLICAS

2.2.1 A alegada incomensurabilidade de determinados bens e valores existenciais

As decisões públicas geram impactos positivos e negativos potencialmente capazes de modificarem sobremaneira a vida de cada indivíduo da população, razão pela qual a atuação estatal deve se valer das mais poderosas ferramentas para assegurar que cada centavo seja investido a assegurar os melhores benefícios

possíveis. Nesse contexto, a análise do custo-benefício figura como a ferramenta mais apurada para a previsão, a catalogação, a qualificação e a quantificação monetária dos impactos decorrentes das decisões públicas que envolvem o investimento de recursos públicos.

O aspecto que diferencia o procedimento da análise do custo-benefício dos outros métodos de avaliação dos impactos das decisões públicas é a monetização dos custos e dos benefícios associados a bens não disponíveis no mercado, conhecidos por bens intangíveis e valores existenciais. O valor existencial, ou valor do uso passivo, é experimentado por indivíduos que não fazem uso efetivo de um bem específico, a exemplo de uma praia, um rio ou qualquer outro recurso natural que represente satisfação pessoal pela mera existência.

A questão é de que modo atribuir valor monetário a bens coletivos e valores existenciais, a exemplo do valor ambiental, recreativo e paisagístico, que por suas características únicas e específicas não estão, nem poderiam estar, disponíveis no mercado?¹⁵³ Da mesma sorte, de que maneira atribuir valores monetários a fatores como confiança do investidor, liquidez e consequências psicológicas das perdas financeiras inesperadas na avaliação de impactos de regulações do mercado financeiro?¹⁵⁴

A complexidade dos fatores envolvidos na tomada da decisão pública exige que os impactos previsíveis sejam tratados de modo racional, objetivo e impessoal. Requer, no dizer de Revesz e Livermore, certa dose de “compaixão estatística”.¹⁵⁵ A

¹⁵³ BROOKSHIRE, David S. et al. Valuing public goods: a comparison of survey and hedonic approaches. **The American Economic Review**, v. 72, n. 1, p. 165-177, mar. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1808583>>. Acesso em: 28 nov. 2015. Considere-se uma paisagem cênica, única, cujo valor paisagístico é inquestionável, ameaçada pela construção de uma usina termelétrica nas proximidades. A fim de garantir que os benefícios relacionados à geração de energia superem os custos decorrentes da poluição ambiental, a decisão pública deverá ser instruída com a atribuição do valor monetário do bem ambiental ameaçado em uma escala métrica comum à monetização dos custos.

¹⁵⁴ COATES, John. Cost-benefit analysis of financial regulation: case studies and implications. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 882-1011, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/cost-benefit-analysis-of-financial-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2015. O autor critica a análise do custo-benefício da regulação do mercado financeiro. Em resposta à crítica de John Coates, ver: Posner, Eric A. Posner; WEYL, E. Glen. *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulations*: POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Cost-benefit analysis of financial regulations: a response to criticisms. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 246-262, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/cost-benefit-analysis-of-financial-regulations>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

¹⁵⁵ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 2-3. Nesse sentido, na análise do custo-benefício, pessoas são tratadas como números em uma coluna, pontos em um gráfico, parte de equações, fórmulas; o tratamento é impessoal. Os autores

compaixão estatística envolve a monetização dos impactos da atuação pública sobre a vida, a saúde e a segurança das pessoas, o que, *prima facie*, pode transmitir certa insensibilidade. De fato, as principais críticas à monetização concentram-se no argumento de que determinados bens não podem ser – ou não deveriam ser – precificados e que a conversão monetária em uma escala monetária única resulta na mercantilização imoral e na desconstituição desses bens.

Nesse sentido, Ackerman e Heinzerling disparam:

Evitar morte por câncer, salvar espécies em extinção, prevenir doenças – todos estes e muitos outros benefícios devem ser reduzidos a valores monetários para assegurar que se gaste apenas o necessário neles, nada além. [...] Muito do que pensamos ser importante em relação à vida humana, saúde e meio-ambiente se perde nesta conversão. A monetização das coisas mais prezadas e apreciadas proposta pela análise econômica resulta no barateando e no menosprezo destes bens.¹⁵⁶

A objeção à monetização, focada na incomensurabilidade de determinados bens, sustenta que a importância moral de tais bens transcende qualquer impacto que possam representar sobre o bem-estar da sociedade, inviabilizando a equiparação entre esses bens e as comodidades, as quais somente possuem valor moral por gerarem impactos sobre bem-estar geral.

Nesse particular, Adler e Posner refutam a objeção, enfatizando que o procedimento da análise do custo-benefício limita-se a mensurar os impactos na saúde, no meio ambiente e outras alterações no bem-estar coletivo, mas não tem por finalidade a avaliação de direitos morais ou valores não fundamentados no bem-estar. Para a avaliação dessas consequências, a atuação pública deve utilizar outros procedimentos ou outras instituições capazes de refletir os impactos associados a esses direitos ou valores.¹⁵⁷

De outro modo, cumpre destacar que a própria objeção à monetização de bens é moralmente incoerente. A crítica invoca o valor intrínseco moral de

diferenciam a compaixão individual da estatística, sendo a primeira familiar, inerente à própria natureza humana; a compaixão estatística demanda uma racionalidade maior, apta à solução de problemas mais abstratos, mas nem por isso menos reais. A racionalidade objetiva, ainda que possa parecer desumana, é própria ao processo da tomada de decisão pública e figura como pré-requisito à compaixão estatística, necessária na sociedade contemporânea.

¹⁵⁶ ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless: on knowing the price of everything and the value of nothing**. New York: The New Press, 2004. p. 39-40.

¹⁵⁷ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 159.

determinados bens, fundada na repulsa natural à monetização de aspectos pessoais, a exemplo do consenso moral na reprovação da atribuição de valor monetário aos laços afetivos. Todavia, assumir que determinados bens possuem valor moral implica reconhecer que o bem-estar possui relevância moral, e, por sua vez, implica reconhecer que os governos possuem obrigação moral de incrementarem o bem-estar. Nesse contexto, assumindo que o procedimento da análise do custo-benefício é o melhor método de que a atuação pública dispõe para melhorar o bem-estar geral, por qual razão as pessoas prefeririam que o governo não utilizasse tal procedimento de decisão simplesmente por envolver a monetização de certos aspectos de suas vidas? Deveras, a objeção é falha por ser moralmente incongruente.¹⁵⁸

Sunstein atribui a objeção à monetização a um desvio cognitivo, no caso à heurística moral, a qual impõe a condenação moral àqueles que exercem alguma atividade ou produzem algum produto que sabidamente resultará na morte de algumas pessoas. Argumenta que nem sempre é inaceitável empreender atividades que resultem em mortes, notadamente quando o número de mortes for relativamente pequeno e um subproduto não intencional de uma atividade desejável. Por exemplo: quando os governos constroem estradas, sabem que pessoas morrerão nessas estradas; quando autorizam a construção de usinas termelétricas a carvão, têm conhecimento de que pessoas morrerão em decorrência da poluição ambiental; quando autorizam a produção e a comercialização de tabaco e bebidas alcoólicas, reconhecem que milhares de pessoas morrerão por consumirem tais produtos.¹⁵⁹ O conhecimento prévio de que essas atividades resultarão em algumas mortes não justifica o argumento implausível de que, sob o ponto de vista moral, não podem ser aprovadas. Nesse contexto, é impossível vindicar a antipatia social generalizada à monetização dos impactos previstos na análise do custo-benefício.

Outra vertente da crítica à monetização baseada na incomensurabilidade dos bens, também relacionada à maximização do bem-estar, sustenta que a prioridade léxica¹⁶⁰ de determinados bens, quando convertida em uma escala monetária,

¹⁵⁸ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 165.

¹⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 147.

¹⁶⁰ Sobre a ordem léxica, Rawls assim define ordenamento serial ou ordem léxica: “É uma ordem que nos exige a satisfação do primeiro princípio para que possamos passar ao segundo; do segundo

impossibilita a monetização. Consoante essa objeção, a monetização dos bens, de acordo com a prioridade léxica desses bens, significaria admitir que nenhum valor monetário seria suficiente à reparação da perda de determinados bens, ou que o valor que um indivíduo estaria disposto a aceitar em troca da perda desses bens é infinito e que o valor que estaria disposto a pagar por eles é equivalente a todo o seu bem-estar.

No que tange à fundamentação dessa crítica, Adler e Posner afirmam que eventual prioridade léxica entre diferentes bens não pode ser traduzida em uma escala monetária. Apontam ser implausível que a extinção de determinada espécie, ou a destruição de um ecossistema, possa representar um impacto no bem-estar de um indivíduo tão substancial que não possa ser reparado financeiramente.¹⁶¹ De qualquer sorte, a crítica em questão não se sustenta pelo simples fato de que reconhecer a incomensurabilidade da proteção ambiental ou da vida não significa legitimar o investimento de recursos infinitos na sua proteção.

De outra forma, Revesz e Livermore afastam as objeções à monetização de determinados bens ao fundamento de que a crítica confunde precificação com comoditização. A precificação, um mecanismo utilizado à alocação de recursos públicos, consiste no meio mais efetivo para agregar informações e alocar os escassos recursos de modo que produzam o maior número possível de benefícios. Os preços atribuídos aos bens em jogo podem refletir uma distribuição de renda injusta, uma inequidade a ser enfrentada mediante intervenção estatal. De outro lado, a comoditização é relacionada ao significado social da precificação e ao receio de que atribuir um preço às coisas boas da vida resulte na opacidade de seu valor inerente. Entretanto, a precificação não resulta necessariamente na comoditização, tanto é que alguns dos bens mais apreciados e queridos pela humanidade são tradicionalmente precificados pelo mercado, a exemplo dos animais de estimação,

para passar ao terceiro, e assim por diante. Determinado princípio entra em ação depois que os anteriores a ele estejam totalmente satisfeitos ou não se apliquem". Nesse sentido, Rawls entende que a prioridade da liberdade sobre a igualdade ocorre de acordo com uma ordem léxica, a exemplo da ordem apresentada em um dicionário. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 52.

¹⁶¹ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 160.

dos anéis de casamento, da preservação da natureza, das obras de arte e da assistência médica.¹⁶²

Nesse sentido, o arbitramento judicial do valor da reparação do dano moral considera, entre outros fatores, a gravidade do dano em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), o que implica, em última análise, reconhecer a atribuição de valor monetário à vida, à honra, à dignidade, à privacidade e à integridade, sem que com isso se obscureça o valor inerente a esses bens.¹⁶³

Ainda, a tarifação legal da reparação em caso de invalidez resultante de acidente automobilístico prevista na Lei nº 6.194/1974, fixando o valor da reparação monetária de forma proporcional ao grau de invalidez, igualmente implica atribuição de valor monetário à vida.¹⁶⁴

Por fim, as críticas devem ser afastadas porque partem da premissa equivocada de que a monetização dos impactos da atuação pública implica atribuir valor monetário à vida humana. Evidentemente não há valor monetário suficiente para quantificar o valor da vida humana. A análise do custo-benefício reconhece o valor infinito da vida humana e a prioridade das políticas públicas voltadas à proteção da vida. Não obstante, é necessário que a atuação governamental disponha da análise do custo-benefício como um instrumento capaz de classificar as diversas alternativas possíveis de implementação das políticas públicas voltadas à proteção da vida, de modo que os escassos e finitos recursos públicos possam ser aproveitados da maneira mais eficiente possível para melhorar o bem-estar da sociedade.

¹⁶² REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 13-14.

¹⁶³ O valor da reparação dos danos morais pode ser definida com base no valor da pena criminal correspondente ao ato ilícito ou no valor dos danos materiais, ou com base na definição de valores mínimos e máximos para cada espécie de dano (tarifação legal ou jurisprudencial), ou com base no arbitramento equitativo pelo juiz, o qual, de acordo com a jurisprudência do STJ, deve considerar: a extensão do dano, a culpabilidade do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima, o caráter pedagógico-punitivo das indenizações. O “critério bifásico” para arbitramento do dano moral proposto pelo Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, segundo o qual a reparação deve considerar dois critérios – interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da material, e circunstâncias particulares no caso concreto – evita o tabelamento jurisprudencial rígido, possibilitando o arbitramento da reparação equitativa. Nesse sentido, RECURSO ESPECIAL Nº 1.152.541 - RS (2009/0157076-0), Relator MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, AgRg no REsp. 1533178/RJ AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0349235-1, DJe 26/11/2015.

¹⁶⁴ Reconhecendo a legalidade da tarifação legal, ver a Súmula 474 do STJ: “A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez”.

2.2.2 Valor estatístico da vida

O reconhecimento de que políticas públicas visando à proteção da vida são prioritárias, mas são limitadas pela escassez dos recursos finitos, reforça a necessidade de definir o quanto cada sociedade está disposta a investir na prevenção de riscos à vida.¹⁶⁵ Nesse ponto, uma das alternativas propostas pela economia para a monetização dos benefícios relacionados à redução de riscos à vida consiste em aplicar analogicamente as decisões individuais rotineiras, as quais refletem como as pessoas avaliam a saúde e os riscos à mortalidade. Por exemplo: não obstante o indesejável incremento do risco, as pessoas escolhem empregos mais arriscados e o consumo de produtos prejudiciais à saúde em troca de algum aspecto que os torna mais atrativos.

Assim, a partir de evidências resultantes das escolhas individuais de mercado, as quais apresentam compensações implícitas entre risco e dinheiro, a economia desenvolveu uma metodologia que possibilita inferir o quanto cada indivíduo está disposto a pagar pela redução de determinado risco e, a partir desse valor, estimar o valor da vida estatística.¹⁶⁶

A denominação valor da vida estatística (*value of statistical life*)¹⁶⁷ considera que a atuação pública deve ser voltada à proteção da vida de todos indistintamente, pelo que, no processo de monetização da redução dos riscos à vida, os indivíduos beneficiados não são identificáveis; são as “vidas estatísticas” protegidas pela atuação pública.

¹⁶⁵ Por exemplo: as leis de proteção ao meio ambiente apresentam como benefícios colaterais a redução dos riscos a determinados tipos de câncer e doenças respiratórias, mas também geram custos indiretos à população, externalizados no incremento dos preços das mercadorias e dos serviços que contribuem para a poluição ambiental. A análise do custo-benefício compara o valor que as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir esses riscos à saúde com os custos da implementação dessas leis. O resultado da comparação é utilizado para que a população e os legisladores decidam se as medidas de proteção ao meio ambiente devem ou não ser adotadas.

¹⁶⁶ VISCUSI, W. Kip; ALDY, J. E. The value of a statistical life: a critical review of market estimates throughout the world. **Journal of Risk and Uncertainty**, v. 27, n. 1, p. 5-76, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9487.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015. O valor dos benefícios associados à redução dos riscos resultantes das políticas públicas é avaliado com base no valor monetário que as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir pequenos riscos à vida.

¹⁶⁷ No que concerne ao termo “valor estatístico da vida”, a Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (*Environmental Protection Agency*) propõe que seja substituído pelo termo “valor da redução do risco de mortalidade”, por transmitir de modo mais transparente o objetivo da análise do custo-benefício ao monetizar a redução dos riscos à vida das pessoas. UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Mortality risk valuation guidelines**. 2015. Disponível em: <<http://yosemite.epa.gov/ee/epa/eed.nsf/pages/MortalityRiskValuation.html#pastvsl>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

Sunstein argumenta em favor do critério de aferição monetária disposto a pagar para estimar o valor estatístico da vida, a promoção do bem-estar e o respeito à autonomia individual, porquanto o uso do critério permite que a avaliação do risco seja construída com base na real percepção dos indivíduos, de maneira que não sejam obrigados a pagar além do valor que estão efetivamente dispostos a pagar para a redução de determinados riscos.¹⁶⁸

Nesse contexto, a preservação da autonomia individual deve ser analisada à luz da impossibilidade de se definir um valor que reflita as preferências de cada indivíduo da população. É tecnicamente inviável ao poder público coletar as informações referentes ao que cada indivíduo está disposto a pagar pela redução de um determinado risco que efetivamente represente uma individualização completa, o que resulta na inevitabilidade de generalizações. Ademais, os benefícios da atuação pública frequentemente recaem sobre bens coletivos e atingem a todos indistintamente, ou seja, os benefícios são indivisíveis e não podem ser providos de modo individualizado, sem que todos os outros sejam beneficiados. Por exemplo: a redução da poluição ambiental, do ar ou da água resultará na redução dos riscos à saúde de todos indistintamente.

Nada obstante, a atribuição de um valor uniforme ao valor estatístico da vida tem por desvantagem desconsiderar as variações decorrentes da espécie e da dimensão do risco e das características individuais daqueles submetidos aos riscos. Com efeito, pesquisas demonstram que as pessoas estão dispostas a pagar mais quando a redução de riscos estiver associada ao câncer¹⁶⁹, ou quando ligada a riscos involuntários e incontroláveis, a exemplo das doenças decorrentes da poluição ambiental ou de acidentes aéreos. Ademais, ainda que se considerem riscos idênticos, algumas características individuais, como a capacidade financeira,

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 86.

¹⁶⁹ O valor adicional que as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir os riscos de câncer, por vezes denominado “diferencial do câncer”, reflete o temor coletivo ao risco de câncer, doença cujo tratamento é longo, dolorido, dispendioso e nem sempre eficaz. O ideal é que o diferencial referente à valoração dos riscos seja observado na implementação das políticas públicas. Nos Estados Unidos, apesar de as entidades governamentais reconhecerem a existência do “diferencial do câncer”, entende-se que não há pesquisas científicas suficientes para autorizarem o tratamento diferenciado. Cf. UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Mortality risk valuation guidelines**. 2015. Disponível em: <<http://yosemite.epa.gov/ee/epa/eed.nsf/pages/MortalityRiskValuation.html#pastvsl>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

a idade, o gênero ou a etnia, produzem diferentes resultados no que se refere ao critério disposto a pagar.¹⁷⁰

Todavia, a adaptação do valor estatístico da vida à capacidade econômica, à idade ou a qualquer outra característica pessoal dos indivíduos sobre os quais recaem os impactos da atuação pública é inquestionavelmente mais controversa do que adotar um valor uniforme, porquanto implica valorar a vida de indivíduos ricos e pobres, idosos e jovens de modo diferente e, por essa razão, é eticamente problemático.

No cenário geral, argumenta-se que o valor uniforme estatístico da vida, ainda que possa ser superestimado ou subestimado, evita a atuação pública excessiva ou ineficiente. Nesse sentido, Revesz e Livermore sustentam que, em muitos casos, não é possível calibrar corretamente a atuação pública como resultado da impossibilidade das decisões públicas personalizadas, o que justifica a utilização do valor médio.¹⁷¹ De outra forma, a definição do valor estatístico da vida com base no valor médio favorece uma espécie de transferência de renda a partir da qual a população mais carente, com menos recursos disponíveis para barganhar pela redução de riscos, recebe mais benefícios e os mais ricos recebem menos benefícios do que prefeririam.¹⁷²

Na prática, os governos trabalham com limites mínimos e máximos de onde se extrai o valor médio da vida estatística, obtido a partir da média das preferências individualizadas, o que também se justifica na assertiva de que o poder público deve atribuir valor idêntico à vida de todos os indivíduos.¹⁷³

¹⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 104. Para enfatizar a variabilidade do resultado, o autor aponta para duas pesquisas: a primeira demonstra que o valor estatístico da vida das mulheres varia de 8,1 a 10,2 milhões de dólares e que a vida estatística dos homens é menos da metade desse valor; a outra pesquisa revela que brancos atribuem valor estatístico à vida superior ao valor atribuído por afro-americanos e que mulheres afro-americanas estão dispostas a pagar mais que os homens afro-americanos pela redução dos mesmos riscos. Da mesma sorte, países desenvolvidos atribuem um valor superior ao valor estatístico da vida que o valor atribuído por países em desenvolvimento: na Índia, o valor em 1997 era de 1,2 a 1,5 milhões; em Hong Kong, em 1998, o valor era de 1,7 milhões; no Japão, em 1991, o valor era de 9,7 milhões; e na Inglaterra, em 2000, o valor era de 19,9 milhões de dólares.

¹⁷¹ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 83.

¹⁷² REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 83.

¹⁷³ Nos Estados Unidos, o valor estatístico da vida atualmente utilizado pelas agências varia de 5 milhões a 9 milhões de dólares. A Agência de Proteção Ambiental (EPA) atribui ao valor estatístico da vida o valor de 7,4 milhões de dólares para a análise de todos os benefícios referentes à

Cumpra sinalar que o valor estatístico da vida será diferente e de acordo com a realidade de cada país, sendo que países mais pobres inevitavelmente identificam valores inferiores aos valores obtidos nos países mais ricos. No entanto, embora esse diferencial seja determinante na formulação de políticas públicas globais, em nada afeta a legitimidade do critério disposto a pagar identificado em cada país.

Nesse sentido, Sunstein defende ser equivocada a ideia de que os trabalhadores dos países pobres devam ter a mesma proteção que possuem os trabalhadores dos países ricos. O erro é enraizado na heurística moral que envolve a atribuição de um valor equivalente a todas as vidas humanas, a qual nem sempre funciona. O autor afirma que as medidas públicas de proteção e redução dos riscos são custeadas pela própria população, razão pela qual os trabalhadores chineses não seriam beneficiados caso tivessem as mesmas normas de proteção dos trabalhadores americanos. O argumento para utilização do critério disposto a pagar não supõe a satisfação com a distribuição de renda, e, ainda que assim fosse, atribuir o valor estatístico da vida uniforme em todos os países não soluciona o problema da distribuição de renda; ao contrário, a situação da população dos países mais pobres é agravada quando se exige que invistam seus escassos recursos onde não querem.¹⁷⁴

As tentativas de adequação do valor estatístico da vida às características individuais dos beneficiados resultaram no desenvolvimento de outras técnicas para estimar o valor da vida, as quais não foram tão exitosas e são menos utilizadas para a monetização dos impactos decorrentes da atuação pública.

2.2.3 Valor estatístico dos anos de vida

Na tentativa de se adequar o valor estatístico da vida à expectativa de vida remanescente das pessoas beneficiadas pela redução de determinado risco à vida,

redução dos riscos à mortalidade, independente de idade, renda ou outras características da população afetada. O valor foi definido em 2006 e deve ser atualizado ao ano em que se realize a análise do custo-benefício. UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Mortality risk valuation guidelines**. 2015. Disponível em: <<http://yosemite.epa.gov/ee/epa/eed.nsf/pages/MortalityRiskValuation.html#pastvsl>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

¹⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R. Are poor people worth less than rich people? Disaggregating the value of statistical lives. John M. Olin Program in Law and Economics Working, Paper n. 207, 2004. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=law_and_economics>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 37-38.

desenvolveu-se a técnica de monetização do valor estatístico dos anos de vida (*value of statistical life-years*). Conforme essa metodologia, o valor estatístico dos anos de vida é equivalente ao resultado da divisão do valor estatístico da vida pela expectativa de vida remanescente do indivíduo beneficiado com a redução do risco de mortalidade. A técnica incorre na falácia de que a vida de pessoas mais velhas, proporcionalmente à sua expectativa de vida, vale menos que a vida das pessoas mais novas.

A origem do método é geralmente associada ao artigo de Michael Moore e W. Viscusi, publicado em 1988, no qual os autores sustentavam que o valor da vida estatística não pode ser dissociado da duração de vida envolvida, porquanto o período de vida é apenas prolongado, não eternizado.¹⁷⁵

Nos Estados Unidos, a aplicação dessa técnica foi proposta em 2003 pela Agência de Proteção Ambiental na regulamentação de novos padrões para a emissão de poluentes, quando propuseram o valor estatístico dos anos de vida de 3,7 milhões de dólares para pessoas com até 70 anos e o valor de 2,3 milhões de dólares para a vida das pessoas com idade superior a 70 anos.¹⁷⁶

Sunstein foi um dos proponentes do uso da técnica, conforme se percebe em passagem de artigo publicado em 2003: “[...] o governo deveria focar no valor estatístico dos anos de vida ao invés do valor estatístico da vida. Um programa que salva vidas de pessoas jovens produz mais bem-estar que um programa que salve vidas de idosos.”¹⁷⁷

No mesmo entendimento, Bronsteen e Masur consideram a abordagem do valor estatístico dos anos de vida um significativo aperfeiçoamento da técnica da estimativa do valor estatístico da vida. Sustentam que a análise do custo-benefício está focada apenas no incremento do bem-estar geral, de modo que considerações morais devem ser consideradas à parte e não podem minar o resultado da

¹⁷⁵ MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. The quantity-adjusted value of life. **Economic Inquiry**, v. 26, n. 3, p. 369-388, jul. 1988. Disponível em: <https://law.vanderbilt.edu/files/archive/071_Quantity-Adjusted_Value_of_Life.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

¹⁷⁶ UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Technical addendum**: methodologies for the benefit analysis of the clear skies act of 2003. 2003. Disponível em: <http://archive.epa.gov/clearskies/web/pdf/tech_addendum.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R. Lives, life-years, and willingness to pay. **Columbia Law Review**, v. 104, n. 1, p. 205-252, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4099352>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

avaliação. Assim, alegam que, se a questão é o que aumenta o bem-estar, não há dúvidas de que o período de duração da vida deve ser contabilizado.¹⁷⁸

Não obstante, a tentativa de aplicação dessa fórmula foi amplamente debatida e rejeitada pela população norte-americana, rotulada pela imprensa de “desconto da morte sênior”, o que levou à derrocada dessa metodologia de avaliação e à revisão dos padrões propostos pela Agência de Proteção Ambiental.¹⁷⁹

Com efeito, a metodologia é contraditória quanto aos resultados empíricos e à forma pela qual as pessoas efetivamente avaliam o risco. Revesz e Livermore descrevem uma série de pesquisas que demonstram ser fictícia a correlação entre o decréscimo do valor que as pessoas estão dispostas a pagar e a idade avançada. Aliás, ao contrário das premissas assumidas pela técnica, devido à escassez dos recursos, pessoas mais velhas e pessoas portadoras de alguma doença estão dispostas a pagar um valor mais elevado pela redução de riscos do que estão inclinadas a pagar as pessoas mais jovens e saudáveis.¹⁸⁰

Destarte, o critério focado na redução dos riscos para jovens e saudáveis inverte o resultado das preferências individuais, gera resultados discrepantes e, por isso, deve ser abandonado.

2.2.4 Anos de vida ajustados à qualidade

Merece destaque também a técnica alternativa ao valor estatístico da vida, denominada anos de vida ajustados à qualidade (*quality adjusted life-years* [QALYs]), a qual é obtida a partir de consulta à população em que os entrevistados atribuem valores numéricos a diferentes estados de saúde para que sejam classificados em uma escala numérica comum.

Os valores numéricos são coletados mediante consultas públicas em que indivíduos selecionados aleatoriamente são solicitados a atribuírem unidades numéricas de 0 a 100 para valorarem como se sentem em relação a diferentes

¹⁷⁸ BRONSTEEN, John; BUCAFFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. p. 85.

¹⁷⁹ Cf. SEELYE, Katharine Q.; TIERNEY, John. EPA Drops Age-Based Cost Studies. **The New York Times**, New York, 08 maio 2003. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2003/05/08/us/epa-drops-age-based-cost-studies.html?pagewanted=all>>.

¹⁸⁰ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 84.

situações específicas ligadas ao estado de saúde. Por exemplo: consulta pública realizada para subsidiar programa estadual de saúde em Oregon, nos Estados Unidos, continha os seguintes enunciados para que fossem avaliados: “Você pode ser levado a qualquer lugar, mas tem que estar em uma cama ou cadeira de rodas controlada por terceiros, precisa de ajuda para se alimentar e ir ao banheiro, mas não tem nenhum outro problema de saúde” ou “Você pode ir a qualquer lugar e não possui qualquer limitação, mas usa óculos ou lentes de contato”.¹⁸¹

As consultas públicas também podem ser direcionadas aos profissionais da saúde, os quais estão mais capacitados para avaliarem questões referentes a estados de saúde. De qualquer sorte, o resultado da avaliação é comprometido, pois se baseia nas respostas de pessoas que não experimentam o estado de saúde descrito nas consultas públicas, e por isso não reflete a capacidade de adaptação do ser humano a problemas de saúde.

No que tange à capacidade humana de adaptação às mudanças na vida, estudos da psicologia hedônica, que se preocupa em mensurar o bem-estar das pessoas com base nas experiências pessoais, apontam que mudanças positivas ou negativas, a exemplo de aumento do salário ou incapacidades físicas, não tendem a alterar substancialmente o nível de felicidade das pessoas.¹⁸²

Pesquisas realizadas com vítimas de acidentes que se tornam paraplégicas ou tetraplégicas, adolescentes e crianças portadoras de deficiências físicas e vítimas de queimaduras revelam que essas pessoas não experimentam um decréscimo de felicidade superior ao experimentado por pessoas saudáveis.¹⁸³ Ademais, pessoas sem experiência em determinada condição de saúde não são as mais apropriadas para avaliarem estados de saúde, e, mesmo que a pesquisa seja realizada com médicos, eles não possuem a experiência diária de viver com as condições de saúde descritas.

Revesz e Livermore são contrários ao uso da técnica QALYs para mensurar os benefícios da atuação pública na área de saúde, ao fundamento de que esse

¹⁸¹ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 86.

¹⁸² Consoante a psicologia hedônica, as pessoas experimentam a vida como se estivessem em uma esteira hedônica na qual tanto os bons quanto os maus momentos alteram brevemente o bem-estar, de modo que as pessoas rapidamente retornam para um ponto anteriormente estabelecido.

¹⁸³ BRONSTEEN, John; BUCAFFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. p. 17.

método é inconsistente com qualquer teoria econômica. Sustentam que a conversão monetária da qualidade ajustada aos anos de vida pressupõe que as preferências individuais referentes ao valor que as pessoas estão dispostas a pagar sejam constantes. No entanto, pesquisas empíricas manifestam que as pessoas não possuem um valor constante que estejam dispostas a trocar por anos de vida ajustados à qualidade.¹⁸⁴

Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Centro de Análise do Risco de Harvard, em que foram entrevistadas mais de 3 mil pessoas, demonstra que os indivíduos não possuem uma taxa constante com a qual estejam dispostos a trocar valores monetários por anos de vida ajustados à qualidade. De fato, o resultado aponta que há um acréscimo do valor que estão disponíveis a pagar conforme a severidade e a longevidade da potencial doença, mas que tal acréscimo não é proporcional a esses fatores, o que sugere que a monetização dos anos de vida ajustados à qualidade subestima o valor da prevenção de doenças menos severas e doenças de curta duração.¹⁸⁵

A técnica QALYs é utilizada na Inglaterra, na Austrália e no Canadá para fundamentar as decisões de investimentos públicos na área da saúde. Na Inglaterra, a agência de proteção à saúde, *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE), criada em 1999, utiliza-se da análise do custo-efetivo¹⁸⁶, implementada pela técnica QALYs para mensuração dos valores, a fim de fundamentar as decisões sobre o custeamento dos medicamentos à população.¹⁸⁷

Não obstante, o Consórcio Europeu, formado para avaliar os resultados na proteção à saúde e nas pesquisas sobre custo-benefício (*European Consortium in Healthcare Outcomes and Cost-Benefit Research*), recentemente apresentou um estudo invalidando a técnica QALYs como método científico adequado a mensurar os resultados nas medidas de proteção à saúde e fundamentar as decisões

¹⁸⁴ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 90.

¹⁸⁵ HANINGER, Kevin; HAMMIT, James K. **Willingness to pay for quality-adjusted life years**: empirical inconsistency between cost-effectiveness analysis and economic welfare theory. Center for Risk Analysis, Harvard University, p. 1-24, fev. 2006. Disponível em: <http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2006/hammitt.pdf>. Acesso em 03 dez. 2015.

¹⁸⁶ Na análise do custo-benefício, os resultados são expressos em valores monetários, ao passo que, na análise do custo-efetivo, os resultados são expressos em unidades.

¹⁸⁷ UNITED KINGDOM. National Institute for Health and Clinical Excellence. **Guide to the methods of technology appraisal**. 2013. Disponível em: <<http://www.nice.org.uk/article/pmg9/resources/non-guidance-guide-to-the-methods-of-technology-appraisal-2013-pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

referentes à alocação dos escassos recursos na área da saúde. Na pesquisa, foram consultadas 1.300 pessoas, residentes na Bélgica, França, Itália e Inglaterra, com o propósito de avaliar os pressupostos teóricos da técnica QALYs. As respostas apresentaram variações significativas, demonstrando que o modo pelo qual as pessoas avaliam estados de saúde é subjetivo, oriundo de situações pessoais e não pode ser encapsulado exclusivamente na fórmula QALYs.¹⁸⁸

2.3 ESTUDOS DE PREFERÊNCIAS REVELADAS E ESTUDOS DE PREFERÊNCIAS DECLARADAS

A estimativa do valor dos bens não disponíveis no mercado, a exemplo do valor da vida estatística, pode ser construída de duas maneiras: a primeira, denominada preferências reveladas, adota analogicamente os preços de mercado para extrair os valores compensatórios que serão atribuídos à redução dos riscos; a segunda técnica, denominada preferências declaradas, aplica estudos de avaliação contingencial e consultas públicas hipotéticas para aferir o valor que as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir determinados riscos.

A técnica que utiliza analogicamente os valores de mercado está baseada na economia comportamental, de modo que não é necessário consultar as pessoas sobre suas preferências, as quais são reveladas (*revealed-preference*) a partir da observação do comportamento da população. Nesse sentido, o valor pago pelos consumidores por produtos disponíveis no mercado é analogicamente utilizado para estimar o quanto estão dispostos a pagar pela redução de determinados riscos. Por exemplo: o preço das opções adicionais de segurança dos veículos automotores indica o valor que as pessoas estão inclinadas a pagar para reduzir o risco de mortalidade em acidentes de carro; o preço dos detectores de fumaça revela informação referente ao valor que estão dispostas a pagar para reduzir o risco de mortalidade em incêndios.

O estudo das preferências reveladas também extrai o valor estimativo da redução dos riscos do mercado de trabalho, mais precisamente da relação entre os

¹⁸⁸ EUROPEAN CONSORTIUM IN HEALTHCARE OUTCOMES AND COST-BENEFIT RESEARCH. **European Guidelines for Cost-Effectiveness Assessments of Health Technologies**. Bruxelas, jan. 2013. Disponível em: <http://www.echoutcome.eu/images/Echoutcome__Leaflet_Guidelines__final.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

salários compensatórios e o incremento dos riscos em empregos semelhantes. Nesse procedimento, o valor da redução de risco é estimado pela análise comparativa entre a diferença salarial de dois empregos análogos e a determinação de quanto o valor diferencial está associado ao incremento do risco.

Nessa metodologia, o resultado será obtido por intermédio da multiplicação do valor da diferença salarial pelo inverso da diferença entre os riscos. Por exemplo: determinada pessoa recebe R\$ 40.000,00 no ano, outra pessoa recebe R\$ 42.000,00 por ano. Ambas exercem a mesma função, exceto pelo fato de que o risco de morte no segundo emprego é 1% superior. Nesse caso, para a estimativa do valor estatístico da vida, a diferença de R\$ 2.000,00 é equivalente à compensação pela aceitação do incremento do risco, e o valor estatístico da vida é o valor da compensação multiplicado pelo incremento do risco ($R\$ 2.000,00 \times [1 \div 0,01]$), equivalente a R\$ 200.000,00.¹⁸⁹

No entanto, a técnica de estimativa do valor de benefícios intangíveis por analogia ao mercado de trabalho não apresenta resultados precisos, porquanto, em realidade, diversos trabalhadores sequer recebem um adicional compensatório de risco, ou recebem um valor compensatório inferior ao risco assumido. Isso resulta em valores significativamente diferentes e uma margem ampla para a discricionariedade na definição do valor estimativo desses bens.

Para além das imprecisões resultantes da técnica dos preços de mercado, para alguns bens públicos o mercado simplesmente não oferece a possibilidade de extrair preços indiretos. Do mesmo modo, as compensações monetárias que as pessoas estão dispostas a pagar pela preservação de recursos naturais que não utilizam, isto é, o valor do uso passivo ou o valor existencial desses bens não pode ser inferido das opções realizadas nos mercados.

Nessas circunstâncias, em que o valor não pode ser revelado pelo mercado, a alternativa viável é perguntar diretamente às pessoas sobre suas preferências. A técnica é denominada pesquisa de avaliação contingencial ou pesquisa de avaliação hipotética, já que cria um mercado hipotético no qual não são realizadas transações verdadeiras, ou seja, não é exigível que os entrevistados efetivamente paguem pelos valores que atribuírem aos bens.

¹⁸⁹ BRANNON, Ike. What is a life worth? **Regulation**, v. 27, n. 4, p. 60-63, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=654544>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

O uso prioritário da análise contingencial serve para aferir o valor que os indivíduos estão dispostos a pagar por mudanças quantitativas ou qualitativas dos bens. A pesquisa é frequentemente utilizada para a monetização dos valores existenciais concernentes aos recursos naturais, a exemplo da qualidade da água, da redução dos lixos tóxicos, do valor arqueológico de artefatos e lugares, do valor recreativo ou da preservação de ecossistemas específicos.¹⁹⁰

Para além da monetização dos valores existenciais, a avaliação contingencial pode ser utilizada para o cálculo do valor estatístico da vida. Considere-se um grupo de 100 mil pessoas em que cada um deve apontar o valor que está disposto a pagar, no ano seguinte, pela redução do risco de morte na proporção de 1 em 100.000, ou seja, quanto pagaria para a redução de 0,001% do risco de morte. A redução do risco gera a expectativa de que, no ano seguinte, ao menos uma vida no grupo de 100 mil pessoas será salva; daí a denominação “valor da vida estatística salva”. Na hipótese de o valor médio atribuído à redução do risco pelo grupo ser 100 reais, o valor total que o grupo está disposto a pagar para salvar uma vida estatística em um ano será equivalente a 10 milhões de reais. Logo, esse é o valor estatístico da vida salva (valor estatístico da vida [10 milhões] = valor monetário pela redução do risco [100] x número de pessoas [100.000]).¹⁹¹

A análise contingencial tem início com a prestação de informações aos entrevistados sobre uma atuação estatal hipotética que reduziria a probabilidade de determinado risco, a exemplo de um desastre ambiental ou um acidente químico ou nuclear, bem como sobre questões específicas referentes à natureza dos danos que a atuação governamental preveniria. A seguir, os consultados respondem a um questionário acerca dos sacrifícios econômicos que estariam dispostos a assumir para prevenir os riscos visados na atuação estatal. As questões podem ser apresentadas: em aberto, a fim de que o entrevistado numere o valor que está inclinado a pagar para evitar o risco; no formato de uma série de perguntas associadas a diferentes valores, a depender das respostas anteriores; na forma de

¹⁹⁰ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 372.

¹⁹¹ Assim, por exemplo, atribuir o valor de 9 milhões de reais ao valor estatístico de uma vida salva pressupõe que as pessoas estão dispostas a pagar 900 reais para reduzir riscos de morte na proporção de 1 para 10.000, ou que estão dispostas a pagar 90 reais para o risco de morte evitado na proporção de 1 para 100.000.

um referendo hipotético, informando o valor que terão de suportar, e os consultados votam por apoiar ou não a atuação estatal.

A avaliação contingencial ganhou notoriedade quando utilizada para a monetização dos prejuízos resultantes do vazamento de aproximadamente 120 mil metros cúbicos de petróleo bruto no mar ocorrido nos Estados Unidos, na costa do Alaska, em março de 1989, conhecido por desastre ambiental do Exxon Valdez. A pesquisa aplicou um questionário a americanos residentes no Estado do Alaska e a residentes em todo o país, os quais responderam a questões relativas ao valor que estariam dispostos a pagar pela preservação do ambiente degradado. O resultado da consulta pública estimou os custos agregados à perda passiva do valor existencial em 2,8 bilhões de dólares e foi utilizado para definição do valor dos danos ambientais acertados em acordo firmado entre o Departamento de Justiça, o Estado do Alaska e a empresa responsável pelo desastre ambiental.¹⁹²

O desastre no Alaska resultou na promulgação do *Oil Pollution Act* de 1990, o qual passou a prever a responsabilidade pela destruição de recursos naturais por derramamento do óleo. A regulamentação do estatuto legal ficou a cargo do *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA), que convocou um painel composto por economistas renomados, presidido por Kenneth Arrow e Robert Solow, a fim de deliberarem sobre a legitimidade dos estudos de preferências declaradas para aferição de valores existenciais, ou do valor do “uso passivo” ou do “não uso” do bem.¹⁹³ O painel enfrentou as principais críticas aos estudos de preferências reveladas, notadamente no tocante à credibilidade dos resultados obtidos mediante questionários aplicados às pessoas sem nenhum limite orçamentário. Os economistas admitiram que os mercados hipotéticos simulados na avaliação contingencial tendem a superestimar o valor disposto a pagar; todavia,

¹⁹² CARSON, Richard T. et al. Contingent valuation and lost passive use: damages from the Exxon Valdez oil spill. **Environmental and Resource Economics**, v. 25, p. 257-286, 2003. Disponível em: <<http://econweb.ucsd.edu/~rcarson/papers/ExxonERE.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015. Com base nessa avaliação, dois anos após o acidente, o Departamento de Justiça e o Estado do Alaska firmaram um acordo com a Exxon Valdez, em que a empresa pagou 1 bilhão de dólares pelos danos ambientais. Além do valor do acordo, em uma *class action* ajuizada pelos pescadores e pela população afetada, a empresa foi condenada a pagar 287 milhões por danos compensatórios e 2,5 bilhões por danos punitivos. Em 2008, a Suprema Corte reduziu o valor dos danos punitivos para 500 milhões. Cf. Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. 471 (2008).

¹⁹³ ARROW, Kenneth J. et al. **Report of the NOAA panel on contingent valuation**. 1993. Disponível em: <http://www.economia.unimib.it/DATA/moduli/7_6067/materiale/noaa%20report.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015. O painel conduziu uma audiência pública em agosto de 1992, recebeu comentários escritos até dezembro de 1992 e reportou o resultado em janeiro de 1993.

afirmaram que o resultado poderá ser corrigido com o aperfeiçoamento da técnica e com os processos judiciais.

As recomendações do painel para aperfeiçoar a técnica foram o uso de métodos de amostragem apropriados, a minimização da participação dos consultados que não respondem ao questionário, a preferência por entrevistas presenciais, a exclusão de entrevistadores parciais, a preferência pelo critério disposto a pagar em vez do critério disposto a aceitar¹⁹⁴ e o questionário em formato de referendo.¹⁹⁵ Ao final, os economistas referendaram o uso da avaliação contingencial para produção de informações úteis e estimativas confiáveis o suficiente para avaliação inicial dos danos nos processos judiciais, incluindo a perda do valor do uso passivo.

Atualmente, a avaliação contingencial é reconhecida por diversos países e já foi utilizada para os mais variados propósitos. Por exemplo, para estimar: o valor que residentes de determinado Estado norte-americano estavam dispostos a pagar pela construção de um estádio de beisebol e uma arena de basquete; o valor que a população da África estava inclinada a pagar por políticas de desenvolvimento de vacinas; o valor que residentes da cidade de Fuzhou na China estavam dispostos a pagar pela redução da poluição de um rio; o valor que a população dos Estados Unidos estava propensa a pagar pela mensuração das mudanças climáticas.¹⁹⁶

2.4 ALTERNATIVAS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

A análise do custo-benefício é importante para mensurar os impactos da atuação pública e compará-los em uma escala econômica comum, com o propósito de possibilitar que a decisão pública utilize os recursos públicos da maneira mais

¹⁹⁴ O critério disposto a pagar produz resultados mais precisos quando comparado com o resultado do critério disposto a aceitar em razão da aversão à perda, identificada na tendência dos indivíduos a demandarem mais para aceitar perder algo que possuem do que a pagarem para obter o mesmo bem. Por conta da aversão à perda, a satisfação de se obter determinado ganho é menor do que sofrimento da perda equivalente.

¹⁹⁵ ARROW, Kenneth J. et al. **Report of the NOAA panel on contingent valuation**. 1993. Disponível em: <http://www.economia.unimib.it/DATA/moduli/7_6067/materiale/noaa%20report.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

¹⁹⁶ CARSON, Richard T. Contingent valuation: a practical alternative when prices aren't available. **Journal of Economic Perspectives**, v. 26, n. 4, p. 27-42, 2012. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jep.26.4.27>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Vale conferir o sítio do Professor Richard Carson, no qual estão disponíveis uma série de artigos e avaliações contingenciais realizadas nas mais variadas áreas: <<http://econweb.ucsd.edu/~rcarson/>>.

eficiente possível e, assim, promova o bem-estar geral. Não obstante, a técnica não pode ser interpretada como um super procedimento de fundamentação de decisão pública, sendo que, no processo da tomada da decisão pública, os governos devem beneficiar-se de todas as ferramentas disponíveis para garantir a melhor decisão possível, ou seja, a avaliação das decisões públicas não pode confiar exclusivamente em uma técnica específica. Nesse sentido, insta examinar as técnicas de avaliação dos impactos das decisões públicas que concorrem com a análise do custo-benefício.

2.4.1 Análise do custo-eficácia

O procedimento alternativo à análise do custo-benefício mais utilizado na avaliação dos impactos de legislações e regulações é a análise do custo-eficácia (*cost-effectiveness analysis*), especialmente nas áreas da saúde pública e da segurança nacional. Essa técnica avalia os impactos negativos e os custos da atuação governamental em uma escala monetária comum e a efetividade das alternativas viáveis à atuação pública em unidades físicas. Em razão de serem incomparáveis as medidas monetárias e unitárias, permite apenas avaliar a relação entre os custos e a eficácia das decisões públicas.

Consoante esse procedimento, a alternativa que apresentar a menor relação entre custo e eficácia será a opção que representa o melhor custo-eficácia. Por exemplo: vidas salvas por cada centavo despendido. A técnica é adotada na Inglaterra para calcular os anos de vida ajustados à qualidade (*quality adjusted life-years – QALYs*), e diversas pessoas são solicitadas a atribuírem valores numéricos a estados de saúde específicos, a fim de avaliar a relação entre custo e eficácia de diversas alternativas de investimentos na área da saúde pública.

A análise do custo-eficácia evita alguns problemas inerentes à análise do custo-benefício:

- 1) há impossibilidade ou inconveniência de monetizar alguns dos mais importantes impactos das decisões públicas;
- 2) a análise da eficácia captura a maior parte dos benefícios, evitando o problema da dificuldade em monetizar todos os impactos de todas alternativas à decisão pública;

- 3) atribui-se valor no que tange à eficiência de bens que não possuem nítida associação com as preferências individuais, a exemplo da exata contribuição de diferentes armamentos para a segurança de um país.¹⁹⁷

A análise do custo-eficácia compara alternativas com base na relação dos seus custos com uma escala única, mas não monetizada, de eficácia. No entanto, a ligação entre custo e eficácia ignora os efeitos em grande escala, gerando resultados contraproducentes: políticas públicas que produzem pequenos impactos por um custo relativamente baixo por unidade são prioritariamente classificadas em relação às políticas que produzem impactos muito superiores a um preço um pouco superior por unidade.

Nesse sentido, o procedimento é válido apenas para identificar a ordem de prioridade das políticas públicas, a qual é classificada de acordo com a relação custo e eficiência de cada uma das alternativas de investimentos dos recursos públicos, mas é deficiente para definição das circunstâncias nas quais a decisão pública se justifica.¹⁹⁸

2.4.2 Avaliação intuitiva

Nas hipóteses em que não é possível identificar o procedimento adotado para avaliação dos impactos das decisões públicas, pressupõe-se que a decisão está fundamentada em uma espécie de avaliação implícita razoável. Em tais circunstâncias, em geral a decisão pública aparentemente se justifica por não gerar impactos negativos significativos ou por gerar benefícios importantes, como salvar vidas e evitar doenças.

A análise intuitiva é autoexplicativa. Fundamenta-se na capacidade intuitiva dos agentes políticos para, na avaliação dos interesses conflitantes, optarem pela alternativa que holisticamente represente a melhor maneira de promover o bem-estar. Os impactos adversos das decisões públicas podem ser quantificados ou qualificados; porém, diferentemente da análise do custo-benefício ou do custo efetividade, não são expressos em uma escala métrica comum.

¹⁹⁷ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 464.

¹⁹⁸ BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 484.

Sunstein, atualmente proponente da análise do custo-benefício, no passado defendia a avaliação intuitiva:

A análise do impacto regulatório deve permitir que as pessoas percebam os diversos efeitos das decisões públicas sobre suas próprias vidas e permitir que julguem e compreendam as diferenças qualitativas. Se todos os bens relevantes são alinhados em uma mesma escala métrica, eles se tornam menos visíveis, ou talvez invisíveis.¹⁹⁹

Adler e Posner diferenciam os procedimentos, afirmando que a análise do custo-benefício implica qualificar e monetizar os impactos das decisões públicas sobre uma multiplicidade das dimensões do bem-estar, ao passo que a análise intuitiva requer apenas a qualificação – dispensando a monetização – dos impactos das decisões públicas sobre uma multiplicidade das dimensões do bem-estar.²⁰⁰

A avaliação qualitativa requer a descrição ou a quantificação em unidades dos custos e dos benefícios das decisões públicas ao bem-estar geral, sem que se atribua um valor monetário aos impactos ou uma escala monetária comum para a mensuração de tais impactos. A análise comparativa entre os custos e os benefícios é realizada mais intuitivamente.

A análise intuitiva seria mais vantajosa em razão da redução do custo de implementação quando comparada à análise do custo-benefício. Entretanto, uma visão mais ampla desmitifica o argumento, visto que, quando houver a atribuição de valores padrões na monetização dos benefícios, a exemplo do valor estatístico da vida, os custos da realização da análise do custo-benefício serão apenas minimamente superiores aos custos inerentes à análise intuitiva. Outrossim, o custo direto da realização da análise do custo-benefício é dissipado quando contextualizado no cenário geral, em que os estudos e as pesquisas realizadas para avaliação de determinada decisão são aproveitados na análise do custo-benefício de outras tantas decisões.²⁰¹

¹⁹⁹ PILDES, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Reinventing the regulatory state. **University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 1, p. 1-129, 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1600132>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

²⁰⁰ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 83.

²⁰¹ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 83. Por exemplo: quando números obtidos em uma avaliação contingencial conduzida para avaliar um determinado benefício podem ser utilizados na avaliação de outras decisões públicas.

As principais limitações da análise intuitiva consistem na ausência de uma diretiva normativa para a realização do procedimento e na suposição infundada de que os agentes políticos ou administrativos possuem uma capacidade cognitiva elevada. A técnica também não oferece a transparência necessária para a implementação do sistema dos freios e dos contrapesos no controle judicial da discricionariedade do legislador.²⁰²

2.4.3 Análise de viabilidade tecnológica

A análise de viabilidade tecnológica avalia as consequências de determinada política pública sobre o aspecto da praticabilidade tecnológica e econômica. A técnica, também conhecida por análise baseada na tecnologia (*technology-based analysis*), permite que sejam consideradas restrições práticas concernentes à segurança, à economia industrial e à tecnologia.²⁰³

Masur e Posner afirmam que a análise de viabilidade não é uma metodologia consistente e não está padronizada em nenhum instrumento legal, mas pode ser encontrada em uma variedade de estatutos legais que aparentemente determinam leis ou regulações rigorosas quando se trata da redução de riscos à saúde ou à segurança, as quais não se fundamentam nos cálculos dos custos e dos benefícios.²⁰⁴

Consoante a técnica da viabilidade, a decisão pública satisfaz a análise de viabilidade quando reduz determinado risco na extensão máxima possível sem produzir algum impacto econômico adverso significativo, vedada a análise dos custos de aquisição ou implantação da tecnologia disponível que permite a minimização máxima dos riscos.

²⁰² GRAHAM, John D. Saving Lives Through Administrative Law and Economics. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 157, p. 395-540, 2008. Disponível em: <<https://www.pennlawreview.com/print/old/Graham.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁰³ GRAHAM, John D. Saving Lives Through Administrative Law and Economics. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 157, p. 395-540, 2008. Disponível em: <<https://www.pennlawreview.com/print/old/Graham.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Por exemplo: para a avaliação dos limites tecnológicos, a técnica visa responder se a tecnologia existente permite reduzir 90% da poluição produzida por uma fábrica ou, em relação à viabilidade econômica da mesma política, se a determinação da redução de 90% da poluição seria tão onerosa que resultaria no deslocamento geográfico das indústrias afetadas.

²⁰⁴ MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Against feasibility analysis. *University of Chicago Law Review*, v. 77, p. 657-716, 2010. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2785&context=journal_articles>. Acesso em: 24 dez. 2015.

O *Clean Water Act* nos Estados Unidos, por exemplo, ao regular o sistema de resfriamento das facilidades das termelétricas, exige a melhor tecnologia disponível para amenizar os impactos ambientais adversos. A Agência de Proteção Ambiental (EPA), ao regulamentar essa disposição do *Clean Water Act*, optou pela melhor tecnologia economicamente disponível. Aplicou a análise do custo-benefício para considerar os custos na definição da melhor tecnologia possível que as empresas deveriam utilizar para atender aos padrões ambientais definidos pela agência, optando por padrões menos severos na minimização dos riscos. Nesse caso, alguns Estados e grupos de proteção ambiental ingressaram em juízo questionando a validade da regulação da EPA, argumentando a proibição legal da consideração dos custos referentes à implementação da melhor tecnologia disponível para minimizar os impactos ambientais. O caso *Entergy v. Riverkeeper*, 556 U.S. (2009) é emblemático, pois a Suprema Corte reconheceu a discricionariedade da EPA para definir a extensão da redução dos riscos dos impactos ambientais, ainda que, com base na avaliação dos benefícios derivados da redução e dos custos para atingir tal redução, imponha medidas menos eficazes.²⁰⁵

A análise de viabilidade tecnológica investiga as alternativas à atuação governamental sem questionar qual delas maximiza a segurança ou qual delas apresenta o menor custo de conformidade. Importa apenas a alternativa que oferecer o menor risco possível tecnologicamente alcançável. Destarte, a técnica não traz informações acerca dos impactos das decisões públicas sobre o bem-estar geral e, por essa razão, não oferece vantagem alguma no que tange à análise do custo-benefício.

A análise de viabilidade não faz a comparação entre os benefícios das leis ou regulações que reduzem riscos com seus custos. Aliás, os benefícios não são sequer avaliados, e os custos são avaliados apenas para constatação de que não resultarão em impactos econômicos insuportáveis à indústria e à população em geral.

²⁰⁵ Ver também: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Alaska Dept. of Environmental Conservation v. EPA**, 540 U. S. 461, 487 (2004). A Suprema Corte manteve a decisão da EPA, que revogava uma decisão da agência estadual do Alaska. No caso, a agência estadual havia permitido a construção e a expansão de uma mineradora de zinco, por entender que as medidas adotadas pela empresa para controlar a emissão de poluentes eram tecnicamente e economicamente viáveis. A agência federal revogou a licença, pois entendeu que o conceito de “melhor tecnologia disponível”, exigível pelo *Clean Air Act* para controlar a poluição, não foi aplicado de maneira razoável.

Masur e Posner criticam a ambiguidade e a imprecisão do significado de melhor tecnologia disponível da análise de viabilidade, defendendo a substituição da técnica pela análise do custo-benefício ou outro procedimento de decisão adequado, bem como a reforma dos estatutos legais que permitem o procedimento.²⁰⁶

2.4.4 Análise do bem-estar

Bronsteen e Masur, professores da Universidade de Direito de Chicago, propõem como método substitutivo ou complementar à análise do custo-benefício a análise do bem-estar (*well-being analysis*), a qual avalia os impactos das decisões públicas com base na qualidade de vida das pessoas. Nessa perspectiva, o bem-estar é equivalente à felicidade, composta pela soma dos bons e dos maus momentos que uma pessoa experimenta ao longo da vida. A técnica utiliza os métodos da psicologia hedônica para revelar como as pessoas experimentam a vida e, particularmente, para mensurar quanto um determinado fator pode melhorar ou piorar essa experiência.²⁰⁷

A análise do bem-estar difere da análise do custo-benefício apenas no que se refere ao modo como custos e benefícios são calculados e comparados. Em vez de atribuir um valor monetário aos impactos das decisões públicas e compará-los em uma mesma escala monetária, a análise do bem-estar converte os impactos em unidade de bem-estar, os quais são coletados pela metodologia proposta pela psicologia hedônica.

Bronsteen e Masur afirmam que, nos últimos quinze anos, a psicologia hedônica desenvolveu métodos científicos confiáveis para o estudo do bem-estar subjetivo sob diferentes perspectivas, os quais permitem a mensuração dos níveis de felicidade das pessoas, superando os problemas que levaram economistas a mensurar o bem-estar em valores monetários. O estudo da felicidade seria o

²⁰⁶ MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Against feasibility analysis. **University of Chicago Law Review**, v. 77, p. 657-716, 2010. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2785&context=journal_articles>. Acesso em: 24 dez. 2015.

²⁰⁷ BRONSTEEN, John; BUCAFFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. Por exemplo: leis que visam à purificação do ar seriam avaliadas pela comparação entre o quanto mais as pessoas aproveitariam suas vidas se fossem mais saudáveis e o quanto menos aproveitariam suas vidas se tivessem reduzido o seu poder de compra.

próximo passo na evolução da análise econômica do Direito para uma abordagem que considera o comportamento humano na elaboração das leis.²⁰⁸

Nessa toada, para mensurar objetivamente a felicidade, a psicologia hedônica propõe estudos como o método de amostragem de experiência (*experience sampling method*) para coletar informações referentes às experiências pessoais mediante tecnologias modernas, como *smartphones* e *tablets*, o que permite alcançar uma parcela maior da população. As pessoas submetidas a essa pesquisa virtual são solicitadas a responder o que estão fazendo e como se sentem em diversos momentos durante o dia. O resultado da pesquisa é complementado com dados socioeconômicos e demográficos para obtenção de uma percepção maior da realidade.

Outra técnica similar para a quantificação da felicidade ou do nível de satisfação de indivíduos com a vida, proposta por Kahneman, é denominada método da reconstrução do dia (*day reconstruction method*) e seria mais vantajosa que o método de amostragem de experiência por ser menos dispendiosa.²⁰⁹ Da mesma maneira, outro método, conhecido por *Princeton Affect and Time Survey*, o qual quantifica a felicidade com base nos relatos pessoais relativos às experiências do dia anterior, oferece um custo mais acessível de implementação e também é realizado via aparelhos tecnológicos.

Adler e Posner reconhecem que a proposição da quantificação da felicidade ou da satisfação subjetiva com a vida dos indivíduos para avaliação das políticas públicas é uma área em ascensão na economia do bem-estar. No entanto, refutam a maximização da felicidade como método de avaliação das decisões públicas, sob o fundamento de que o bem-estar é multidimensional e a felicidade é apenas um dos seus aspectos.²¹⁰

²⁰⁸ BRONSTEEN, John; BUCAFFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. p. 10-11.

²⁰⁹ KAHNEMAN, Daniel et al. **A survey method for characterizing daily life experience**: the day reconstruction method. *Science*, v. 306, n. 5702, p. 1776-1780, 03 dez. 2004.

²¹⁰ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 77. Os autores propõem o *weak welfarism*, em que o bem-estar geral nem sempre é decisivo na avaliação das políticas públicas, a qual deve sopesar também direitos morais, equidade na distribuição de renda e valores morais independentes do bem-estar, como valores ambientais intrínsecos.

2.5 DESAFIOS À ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

As ciências sociais e o processo de implementação de políticas públicas não têm a mesma precisão das ciências exatas, de modo que qualquer mecanismo legal de efetivação terá suas imperfeições. A análise do custo-benefício é uma técnica valiosa para a avaliação dos impactos das decisões públicas, mas não é exceção e, assim como qualquer outro procedimento de decisão, apresenta algumas limitações.

Os principais desafios à análise do custo-benefício estão associados à dificuldade em coletar as informações necessárias para a monetização dos impactos, a aplicação da taxa de desconto social, a monetização de bens intangíveis e valores existenciais, a avaliação dos riscos globais de prejuízos irrecuperáveis e catastróficos ao meio ambiente e a avaliação de fatores externos ao bem-estar, como equidade na distribuição de riqueza, justiça e valores morais.

No que tange à consideração dos impactos distributivos das decisões públicas, o tema foi analisado no estudo das limitações da análise do custo-benefício como técnica de aplicabilidade dos critérios Pareto superior e Kaldor-Hicks. De igual modo, as objeções à monetização de determinados bens e valores existenciais foram tratadas na análise da metodologia da análise do custo-benefício, mais especificamente na abordagem da suposta incomensurabilidade de determinados bens e valores existenciais.

Dessa feita, cumpre analisar as demais principais limitações à adoção do procedimento da análise do custo-benefício como técnica de avaliação dos impactos das legislações e das regulações.

2.5.1 A dificuldade em coletar as informações dispersas em sociedade necessárias à tomada de decisões públicas exitosas

A análise do custo-benefício é essencial para a tomada de decisões públicas sensatas. No entanto, as informações necessárias à precisão da monetização das consequências, à qualificação dos impactos decorrentes das decisões públicas e à obtenção de resultados confiáveis nem sempre estão disponíveis aos agentes políticos. Informações incompletas ou insuficientes representam um problema devastador na avaliação dos custos e dos benefícios das decisões públicas.

Sunstein recorre à doutrina do economista Friedrich Hayek²¹¹ para enfatizar que as informações relevantes para a tomada de decisão pública estão dispersas na sociedade e que as múltiplas consequências indesejáveis e o fracasso sucessivo das atuações governamentais podem ser atribuídos em grande parte ao desconhecimento de tais informações.²¹²

As soluções propostas por Sunstein para a coleta de informações dispersas em sociedade necessárias à avaliação das consequências das decisões públicas merecem destaque: participação popular, análise retrospectiva das normas – a qual poderá resultar na alteração dessas normas ou no aperfeiçoamento da análise prospectiva – e experimentos aleatórios controlados – os quais fornecem melhores informações que fornecem os pareceres periciais.²¹³

Na mesma perspectiva de Sunstein, mas com outra abordagem, José Vicente de Mendonça afirma que dois dos problemas atuais da neorregulação são a (i) dispersão das informações e (ii) a adesão dos regulados à pauta de ação do regulador. O autor afirma que o Poder Público não dispõe de domínio epistêmico total sobre a realidade, de modo que não possui acesso a todas informações relevantes dispersas em sociedade, fator que para o regulador público é constante fonte de erros, os quais oneram toda a sociedade.²¹⁴

A solução para a dispersão da informação proposta por José Vicente de Mendonça seria centralizá-las num órgão ou entidade, a exemplo da experiência norte-americana do OIRA, ou assumir a dispersão das informações, opção adotada pelo Governo federal brasileiro. De outra forma, a adesão dos regulados poderia ser

²¹¹ HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. **American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945. Hayek, economista austríaco ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1974, sustentava que os governos socialistas, mesmo quando bem intencionados na satisfação do interesse público, tendem a fracassar em razão de que carecem das informações dispersas em sociedade para prosperarem. Defensor do liberalismo clássico, são célebres os debates intelectuais travados com John Maynard Keynes, maior expoente do intervencionismo estatal. Acreditava que apenas a dinamicidade do sistema de preços permite a transmissão das informações dispersas na sociedade e necessárias à tomada de decisão racional.

²¹² SUNSTEIN, Cass R. **Cost-benefit analysis and the knowledge problem**. Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, 2015. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/index.php/content/download/74034/1678745/version/1/file/RPP_2015_03_Sunstein.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2015. p. 4.

²¹³ SUNSTEIN, Cass R. **Cost-benefit analysis and the knowledge problem**. Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, 2015. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/index.php/content/download/74034/1678745/version/1/file/RPP_2015_03_Sunstein.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2015. p. 4.

²¹⁴ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 415-431.

conquistada por intermédio de algumas estratégias, como a realização de audiências e consultas públicas, a aplicação da economia comportamental na orientação das ações públicas ou a realização da análise do impacto regulatório antes, durante ou depois da ação regulatória.²¹⁵

No que concerne à participação popular, como mecanismo de solução ao problema da dispersão das informações em sociedade ou como estratégia de solução ao problema da falta de adesão dos cidadãos às ações públicas, insta referir que o processo de engajamento das partes interessadas na tomada de decisão pública foi originariamente introduzido como uma prática da atuação administrativa, no intuito de conceder maior confiabilidade, legitimidade, transparência, *accountability* e eficiência às decisões da Administração Pública. A participação popular surge como fruto da mudança da perspectiva de governo para governança, em que os métodos hierárquicos e verticais no processo da tomada de decisão pública são gradativamente substituídos por métodos horizontais e de coparticipação.²¹⁶

Atualmente, reconhece-se a importância da participação e da colaboração da população no processo da tomada de decisões públicas como um instrumento de concretização da democracia deliberativa para além do âmbito da Administração Pública, de modo que é promovida e incentivada também nos Poderes Legislativo e Judiciário em diversos países do mundo. Nesse contexto, cabe mencionar a iniciativa multilateral de 65 países, entre eles o Brasil, ao firmarem o *Open Government Partnership* e comprometerem-se a viabilizar a participação de todas as pessoas, de maneira equitativa e sem discriminação, no processo de formulação das decisões públicas. Os países signatários dessa parceria assumem o compromisso de desenvolver e utilizar canais para solicitação da opinião pública, intensificar a participação da população no desenvolvimento, no monitoramento e na avaliação

²¹⁵ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 415-431.

²¹⁶ José Vicente de Mendonça afirma que a Nova Governança propõe a regulação pragmatista-experimental, em que a regulação deve ser feita “de baixo para cima”, para capturar a informação derivada de know-how da sociedade que o Poder Público desconhece. No entanto, alerta que a Nova Governança não legitima a interpretação fundamentalista do princípio da livre iniciativa ou da eficiência, ou a supressão do poder coercitivo do Estado. Cf. MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 415-431.

das atividades governamentais, bem como criar novos mecanismos para viabilizar maior colaboração entre governos e organizações civis e o setor empresarial.

O método mais convencional para a viabilização da participação popular no processo da tomada de decisão pública consiste na convocação de audiências públicas, sessões abertas ao público, de caráter presencial, para informar a sociedade dos projetos de leis e regulações e coletar informações relevantes dispersas em determinado segmento ou setor da população afetado pela medida proposta.

No Brasil, essa ferramenta está prevista na Constituição Federal como uma das fases do processo legislativo, na legislação esparsa que determina a realização das audiências públicas no processo de regulação das agências federais, nas licitações e nas concessões públicas, na avaliação dos impactos ambientais, entre outros processos.²¹⁷ Da mesma forma, o Poder Judiciário realiza audiências públicas para esclarecer questões que envolvem interesse público relevante.²¹⁸

As audiências públicas são presenciais, aspecto que, mesmo quando viabilizada a transmissão via *streaming*, dificulta a participação das pessoas geograficamente impedidas ou desprovidas do acesso à tecnologia que permita a participação via Internet.

As consultas públicas representam outro método convencional para franquear a participação popular, caracterizadas pela abertura de prazo definido para que os interessados manifestem-se por escrito acerca das propostas de regulações ou legislações.²¹⁹

²¹⁷ Respectivamente: art. 58, § 2º, II, da Constituição Federal, Lei nº 9.986/00, Lei nº 8666/93 e Lei nº 6.938/81 (Resolução CONAMA 237/97).

²¹⁸ As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento do controle constitucional abstrato. No Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal.

²¹⁹ Oportuno mencionar que, no âmbito das agências reguladoras, o polêmico Decreto nº 8.243/14, o qual institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS), e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), traz alguns mecanismos para promoção da participação popular, entre os quais: conselho de políticas públicas; comissão de políticas públicas; conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública; e ambiente virtual de participação social. Esse decreto, pejorativamente conhecido como “decreto bolivariano”, causou enorme repercussão negativa na sociedade, por criar e conferir poderes decisórios aos conselhos populares na “formulação, execução,

Nos Estados Unidos, no que tange às regulações, o *Administrative Procedure Act* de 1946 (5USC551) prevê um mecanismo equivalente às consultas públicas, denominado *notice and comment rulemaking*, a fim notificar a população sobre propostas de regulação e permitir que os interessados nos projetos manifestem-se por escrito no prazo de 60 dias.

Nesse particular, Sunstein assevera que a previsão desse mecanismo não foi suficiente para que a participação popular efetivamente contribuísse para o processo de elaboração das regulações, em razão de que, durante muitas décadas, as políticas públicas foram definidas por meio da adjudicação, isto é, determinadas caso a caso, e, quando as agências começaram a regular, o mecanismo não apresentava clareza suficiente quanto aos modos de participação popular e aos instrumentos que garantissem que todas as informações recebidas fossem efetivamente consideradas pelo regulador. O autor aduz que, somente com a Ordem Executiva 13.563 de 2011, ao determinar o acesso público amplo e irrestrito a todos os documentos e fases do processo regulatório e permitir a manifestação de todos os interessados via Internet, o mecanismo do *notice and comment rulemaking* passou a ser eficaz.²²⁰

José Vicente de Mendonça afirma que as audiências e consultas públicas são eficazes para a obtenção da adesão dos regulados. No entanto, aponta alguns contrapontos, os quais podem ser estendidos para além do processo de elaboração das regulações. Sustenta que as audiências e consultas públicas podem ossificar o processo de elaboração de normas, porquanto o tempo despendido na análise dos dados, na ponderação das críticas, na incorporação ou na rejeição das sugestões pode ocasionar a inércia ou a atuação pública insuficiente. Pondera que as audiências e consultas públicas podem ser instrumentalizadas pelos administrados para dificultarem a atuação pública ou utilizadas pelo Poder Público como instrumentos de legitimação retórica de sua atuação. Ainda, alerta para a possibilidade de grandes empresas e grupos econômicos dominarem as audiências e consultas públicas, conduzindo a uma espécie de captura epistêmica do Poder

monitoramento e avaliação” de programas e políticas públicas e está suspenso pela aprovação do PDC 1491/94 na Câmara dos Deputados, que agora tramita no Senado Federal.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Cost-benefit analysis and the knowledge problem**. Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, 2015. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/index.php/content/download/74034/1678745/version/1/file/RPP_2015_03_Sunstein.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2015. p. 7-8.

Público, circunstância em que o processo público é comprometido e a atuação pública involuntariamente favorece os interesses destes grandes grupos.²²¹

Para além destes fatores que não podem ser desprezados pelo Poder Público na instrumentalização da participação popular, tem-se que o êxito dos resultados alcançáveis por intermédio destas ferramentas está condicionado, dentre outros aspectos, à modernização e à atualização dos instrumentos de viabilização com o desenvolvimento tecnológico. Hodiernamente, as tecnologias da informação e da comunicação (TICs) assumem um papel cada vez mais significativo na captura das informações dispersas em sociedade, de modo que não é exagero afirmar que tais tecnologias estão propiciando uma verdadeira democracia deliberativa digital.

As ferramentas digitais, a exemplo das consultas públicas eletrônicas, da disponibilização eletrônica da tramitação do projeto de lei ou regulação, das pesquisas eletrônicas direcionadas à coleta de informações da população em geral (*crowdsourcing*)²²² e das ferramentas com base na tecnologia *Wiki* (sítios eletrônicos que podem ser editados por quem tenha acesso)²²³, viabilizam a participação daqueles cidadãos geograficamente impedidos e simplificam o procedimento, facilitando a participação de todos.

O sistema de consulta pública eletrônica é um método fácil e eficiente de comunicação entre o governo e a população. Pode ser direcionado a coletar informações de grupos especificamente selecionados, particularmente afetados ou beneficiados pelas regras propostas, incluindo cidadãos, consumidores,

²²¹ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 420-421. Sunstein afirma que a política das “portas abertas” e da transparência na coleta das informações dispersas em sociedade não é suficiente a evitar a captura epistêmica ou capitulação do interesse público, no sentido de que a atuação pública seja conduzida pelas informações relevantes fornecidas por determinado grupo distinto de pessoas. O autor explica a captura do interesse com uma analogia à ideia da “epistemologia incapacitada” aplicada pelo cientista político Russell Hardin para sustentar que o pensamento dos extremistas é justificável pelo fato de que eles ouvem apenas pessoas com visões extremistas. Cf. SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: Chicago University Press, 2014. p. 33

²²² A técnica de consulta popular conhecida por *crowdsourcing* é baseada na “sabedoria das multidões”, um mecanismo de decisão descentralizado que opera solicitando à “multidão” que manifeste sem entendimento, proponha soluções ou forneça seus conhecimentos sobre determinada questão, utilizando esses dados no processo de formulação das políticas públicas. Para uma crítica específica desse método de consulta pública, ver: LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. *Crowdsourcing and regulatory reviews: a new way of challenging red tape in British government?* **Regulation & Governance**, v. 9, n. 1, p. 30-46, mar. 2015. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12048/pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

²²³ Por exemplo: nos Estados Unidos, a Casa Branca desenvolveu uma ferramenta eletrônica Wiki, denominada “ExpertNet”, para coletar e trocar informações com profissionais especializados a partir de consultas e fóruns virtuais.

ambientalistas, empresários, organizações não governamentais, servidores públicos, autoridades locais, sindicatos, parceiros comerciais internacionais, entre tantos outros membros. A consulta a grupos selecionados pode ocorrer de simultaneamente à condução da consulta pública eletrônica ao restante da população e tem por vantagem acrescentar informações técnicas específicas à questão normatizada ou regulada.

As consultas públicas são cada vez mais utilizadas, conforme se depreende do relatório da OCDE sobre as tendências regulatórias, lançado em outubro de 2015, de acordo com o qual 14 entre os 35 países membros realizam consultas formais a grupos específicos, as quais ocorrem geralmente no último estágio do processo consultivo, depois de esboçado o projeto de lei ou regulação. Os demais países membros da OCDE promovem consultas informais a grupos selecionados, a exemplo de audiências realizadas com peritos ou cientistas, que ocorrem em conformidade com a discricionariedade do agente público.²²⁴

As consultas públicas podem ser instrumentalizadas por fóruns de discussão presenciais ou eletrônicos, questionários ou votação eletrônica e podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à tomada de decisão pública.

No tocante à importância da análise retrospectiva das expectativas estimadas nas decisões públicas anteriores, tem-se que esse procedimento é indispensável para a modificação das regras que não estão surtindo os benefícios esperados ou estão impactando negativamente a sociedade, bem como para agregar informações ao processo de decisão e aprimorar a qualidade das decisões públicas futuras. Ademais, possibilita que os governos aprendam com seus próprios erros e restringe a possibilidade de que incorram nos mesmos equívocos.

Nos Estados Unidos, em 2005, o OMB apresentou um relatório sobre a análise retrospectiva geral das regulações com base no estudo de 47 casos específicos, apontando para a tendência de superestimar custos e benefícios.²²⁵

²²⁴ Integram a OCDE 34 países e a União Européia. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

²²⁵ O relatório demonstra que, em 47% dos casos, os benefícios foram superestimados e, em apenas 2% dos casos, foram subestimados. Os custos também tendem a ser superestimados: as estimativas foram precisas em 38% dos casos, superestimadas em 34% e subestimadas em 26% dos casos. OMB. ESTADOS UNIDOS. OMB. **Validating Regulatory Analysis: 2005 Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State,**

Nesse caso, a análise retrospectiva das normas demonstrou que a ausência de informações suficientes à estimativa precisa dos impactos das decisões públicas direcionava o regulador a cometer equívocos padronizados, o que possibilitou que tais desvios fossem evitados ou amenizados nas regulações futuras.

Em meio a esse cenário, a Ordem Executiva 13.563 de 2011, a fim de tornar o sistema regulatório mais eficiente e menos oneroso na concretização de seus objetivos, determina que as agências federais norte-americanas desenvolvam planos para a realização de revisão periódica das regulações existentes, a fim de identificar quando precisam ser modificadas, modernizadas, emendadas ou revogadas. Na sequência, a Ordem Executiva 13.610 de 2012 dispõe que os planos de revisão periódica incluam a participação do público de maneira sistemática e, para garantir que as manifestações da população sejam de fato consideradas pelas agências, impõe a apresentação de relatórios periódicos no que concerne às atividades regulatórias para o Congresso e para o público.

Oportuno trazer à tona também a experiência da Inglaterra na utilização das TICs para promover a participação popular na análise prospectiva das regras. Nesse país, em 2011, foi criada uma força tarefa (*The Red Tape Challenge*) para a realização de pesquisas eletrônicas destinadas a coletar a opinião de empresários, organizações e da população em geral (*crowdsourcing*) sobre quais atos normativos deveriam ser reformados, mantidos ou revogados. Nessas pesquisas, a população foi convidada a comentar, em determinado prazo e via internet, as regras em análise, sendo que, ao final, mais de 30 mil pessoas participaram da consulta e mais de 3.095 atos normativos, entre os 5.662 analisados, foram modificados ou revogados.²²⁶

Destarte, a participação popular deve integrar não apenas a análise prévia das decisões pública, mas também a análise prospectiva de desempenho e efetividade das decisões públicas. Note-se que a modernização dos instrumentos de promoção da participação popular nas últimas décadas não alterou a natureza e o objetivo do processo, os quais permanecem os mesmos da era pré-tecnológica: coletar as informações dispersas em sociedade para obtenção de estimativas mais

Local, and Tribal Entities. 2005. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/2005_cb/final_2005_cb_report.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2015. p. 41-46.

²²⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook**. Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015. p. 85.

precisas sobre os impactos das decisões públicas e, por conseguinte, obter resultados mais eficientes.

Por fim, insta sinalar que os experimentos aleatórios controlados, originariamente utilizados para evidenciar as relações de causa-efeito de intervenções farmacêuticas em saúde, despontam como uma ferramenta importante para os governos lidarem com o problema da insuficiência de informações, na medida em que conferem maior precisão às estimativas acerca das consequências das leis e das regulações.

Os experimentos aleatórios são aplicados para acrescentarem evidências capturadas do mundo real às informações estatísticas e econométricas sobre os prováveis efeitos das decisões públicas. Esses estudos podem ser utilizados complementarmente à avaliação prévia e prospectiva das normas e têm por vantagem identificar as possíveis variáveis que envolvem a relação de causalidade entre a norma e seus impactos.²²⁷

Na Inglaterra, a *Behavioural Insights Team* (BIT), instituição governamental criada para incorporar resultados obtidos nas ciências comportamentais à avaliação dos impactos das decisões públicas, emprega os experimentos aleatórios controlados em suas pesquisas.²²⁸

Da mesma sorte, a crescente tendência da utilização de experimentos aleatórios no processo de elaboração de leis e regulações é evidenciada na recente formação do *Social & Behavioral Sciences Team*, em 2015, pelo governo dos Estados Unidos, a fim de acrescentar informações extraídas da economia comportamental e da psicologia à formulação das políticas públicas e melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados para a população.²²⁹

Sunstein sustenta que há algumas limitações que devem ser consideradas no uso dos estudos aleatórios controlados na formulação das políticas públicas, como o

²²⁷ Cf. ABRAMOWICZ, Michael; AYRES, Ian; LISTOKIN, Yair. Randomizing law. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 159, n. 4, p. 929-1005, mar. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol159/iss4/1>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²²⁸ Os objetivos da instituição, também conhecida por *Nudge Unit*, são: melhorar a relação de custo-efetividade dos serviços públicos e torná-los mais fáceis para o uso dos cidadãos; melhorar os resultados a partir da introdução de um modelo mais realista de comportamento humano no processo de elaboração das políticas públicas; habilitar as pessoas a fazerem escolhas mais acertadas para si próprias. INGLATERRA. The Behavioural Insights Team. Disponível em: <<http://www.behaviouralinsights.co.uk/>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

²²⁹ Cf. ESTADOS UNIDOS. **Social and Behavioral Sciences Team**. Disponível em: <<https://sbst.gov/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

custo de efetivação, a viabilidade de estudar amostras suficientemente satisfatórias e questões referentes à equidade, mas entende que a utilização do instrumento é promissora para a obtenção de resultados mais precisos e eficientes na consecução das políticas públicas.²³⁰

2.5.2 A taxa de desconto e a obrigação moral das presentes gerações para com as futuras gerações

Não raras vezes, os benefícios e os custos da atuação governamental não são custeados e usufruídos ao mesmo tempo pelas mesmas gerações. Por exemplo: o desenvolvimento da produção de energia sustentável demanda que as gerações presentes invistam vultosos recursos para a obtenção de benefícios que somente serão usufruídos pelas futuras gerações. O procedimento analítico padronizado para comparar esses benefícios e esses custos no tempo consiste em descontar os benefícios e os custos futuros monetizados depois de convertidos para o seu valor atual, de maneira que o peso que se atribui aos impactos que ocorrem em distintos momentos é determinado pela taxa de desconto utilizada. Quanto mais alta a taxa de desconto, menor será o peso atribuído aos benefícios e aos custos futuros quando comparados com os presentes.

A taxa de desconto tem por finalidade refletir o consenso geral de que as sociedades preferem receber os benefícios o quanto antes e pagarem os custos o mais tardar possível.²³¹ A objeção ética e moral ao desconto dos benefícios que serão usufruídos pelas futuras gerações parte do pressuposto de que os impactos intergeracionais deveriam receber o mesmo peso, sob pena de se atribuir tratamento discriminatório entre as diferentes gerações, razão pela qual a taxa de desconto social deveria ser zero ou simplesmente não deveria ser aplicada.

²³⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Cost-benefit analysis and the knowledge problem**. Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, 2015. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/index.php/content/download/74034/1678745/version/1/file/RPP_2015_03_Sunstein.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2015. p. 16.

²³¹ Da mesma maneira, o desconto se justifica em razão da preferência individual temporal por consumir no presente a consumir no futuro e devido à necessidade de avaliação dos custos de oportunidade, referentes às opções de investir os recursos em determinada política pública ou investir tais recursos em aplicações financeiras rentáveis. Note-se que as questões referentes às justificativas e ao índice da taxa de desconto social foram analisadas quando explicitado o procedimento da análise do custo-benefício.

Nesse contexto, cumpre referir que, tecnicamente, são considerados impactos de efeitos intergeracionais aqueles produzidos em um período futuro de 50 anos ou mais.²³² Não obstante, os dilemas éticos referentes ao desconto dos benefícios e dos custos futuros não estão adstritos a um período temporal, de sorte que a objeção moral inadvertidamente engloba benefícios que serão tecnicamente usufruídos pelas mesmas gerações, porquanto serão produzidos em um período inferior a 50 anos.

Nesse rumo, Ackerman e Heinzerling argumentam que descontar é equivalente a escolher entre prevenir os riscos à vida e à saúde das gerações presentes e prevenir riscos similares para as futuras gerações; nada mais é que uma justificativa sofisticada de empurrar nossos problemas para as pessoas que ainda não nasceram. Os autores enfatizam o argumento ao descreverem a situação em que, aplicada a taxa de desconto de 5%, a morte de um bilhão de pessoas daqui a 500 anos torna-se menos grave que a morte de uma pessoa hoje.²³³

Similarmente, Livermore concorda com o desconto dos benefícios monetários futuros resultantes da redução de riscos potencialmente existentes pelas razões empíricas que fundamentam o desconto: a preferência temporal dos indivíduos pelo consumo imediato e o fato de que o dinheiro pode ser rentável quando investido. No entanto, sustenta que essas razões não se aplicam aos riscos à vida e à saúde das futuras gerações; decidir o quanto investir hoje para redução desses riscos futuros não é uma questão de preferência temporal para qualquer segmento da população, mas uma questão moral de alocação de recursos entre pessoas vivendo em diferentes gerações. Nesse sentido, argumenta que vidas humanas não podem ser investidas em uma aplicação financeira ou em um banco. Uma vida perdida daqui a 20 anos não é recuperável pelo investimento de qualquer soma de dinheiro – ou de pessoas – no presente.

Em sentido contrário, afirmando que a taxa de desconto dos benefícios futuros deve ser a mesma para todas as regulamentações, ainda que voltadas à proteção da vida e da saúde das futuras gerações, consta a decisão da Corte de Apelação do 9º Circuito em *Corrosion Proof Fittings v EPA* 947 F2d 1201 (1991),

²³² BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis**: concepts and practice. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006. p. 261.

²³³ ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless**: on knowing the price of everything and the value of nothing. New York: The New Press, 2004.

afirmando que o desconto é necessário para prover uma comparação “de maçãs para maçãs”, ou seja, uma comparação equitativa entre custos e benefícios.

É inquestionável que as gerações atuais possuem uma obrigação moral para com as futuras gerações que as torna responsáveis pela redução dos riscos futuros de perdas inestimáveis e irrecuperáveis. Entretanto, é ingenuidade acreditar que tal obrigação moral e o problema da equidade intergeracional possam ser resolvidos pela simples recusa do desconto dos benefícios futuros na avaliação das opções de investimentos de recursos públicos.

A trajetória da humanidade gera a expectativa legítima de que o legado das gerações presentes para as futuras será significativo para garantir que usufruam de uma melhor qualidade de vida. Assim, o progresso tecnológico, científico e cultural permite paulatinamente melhor qualidade de vida às gerações presentes e futuras.

Deveras, considerando que as taxas de desenvolvimento tecnológico e de crescimento econômico continuem em ascendência, acredita-se que futuramente as pessoas terão uma produtividade maior e maiores oportunidades de consumo. Sobre essa lógica, os mesmos benefícios gerados no presente e usufruídos pelas populações mais carentes terão menor utilidade no futuro. Ademais, a análise do custo-benefício deve ser equitativa e converter os benefícios futuros para valores atuais, para então agregar à avaliação das decisões públicas o fato de que as pessoas beneficiadas estarão em melhor situação que aquelas efetivamente oneradas pelos custos da implementação das políticas públicas.

Sunstein e Rowell entendem que transferência de recursos das gerações presentes para as futuras resulta em uma redistribuição de renda perversa, visto que ignora o fato de que as futuras gerações previsivelmente serão mais ricas devido a uma combinação de esforços, investimentos e altruísmo das gerações antecessoras.²³⁴

Sob outra perspectiva, deixar de descontar dos benefícios futuros implica ignorar os custos de oportunidade dos recursos investidos no presente na análise do custo-benefício, o que poderia ser prejudicial às futuras gerações, caso os recursos

²³⁴ SUNSTEIN, Cass R.; ROWELL, Arden. On discounting regulatory benefits: risk, money, and intergenerational equity. **The University of Chicago Law Review**, v. 74, p. 171-208, 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.1/74_1_Sunstein_Rowell.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015. p. 196.

investidos pudessem ser investidos em opções que melhor atendessem as suas necessidades.

Ainda, deixar de aplicar a taxa de desconto pode resultar na atuação governamental insuficiente à proteção da vida, da saúde, da segurança e do meio ambiente. Descontar o valor monetário futuro em uma taxa de investimento positiva, mas deixar de descontar o valor investido para salvar vidas futuras, legítima postergar por prazo indefinido os investimentos para a redução dos riscos às presentes gerações, porquanto a relação custo-benefício será sempre melhor no futuro. A recusa do desconto dos benefícios futuros resultaria no diferimento de todos os programas atuais em detrimento de programas futuros, os quais ofereceriam melhores resultados por menos recursos, já que os custos estão sendo descontados.²³⁵

Outrossim, o problema da equidade intergeracional não será solucionado com a atribuição do mesmo valor, no futuro, à quantidade numérica de recursos disponíveis hoje. Ao contrário, a história demonstra que, ao longo dos anos, o mercado produz uma taxa de investimento positiva, aspecto que, sob a luz do mesmo compromisso moral para com a equidade de tratamento intergeracional, legítima que a análise do custo-benefício atribua diferentes valores aos benefícios que serão consumidos pelas futuras gerações.

Nessa linha de argumentação, Sunstein e Rowell afirmam que, ao descontar os benefícios futuros monetizados, desconta-se o valor monetário empregado para redução de riscos à vida e à saúde, e não os próprios bens em si:

É apropriado descontar o valor monetário que as pessoas estão dispostas a pagar daqui a 20 anos por refrigeradores, carros, livros, educação, remédios, assim como é apropriado a descontar o valor que as pessoas estão dispostas a pagar para evitar riscos. Todo dinheiro pode ser investido para que se obtenha um valor superior. Há um consenso geral de que, por esta razão, 100 dólares hoje valem mais que 100 dólares no futuro.²³⁶

Da mesma sorte, dispõe a Circular A-4, expedida pelo OMB para orientação da análise do custo-benefício das agências federais nos Estados Unidos:

²³⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 248.

²³⁶ SUNSTEIN, Cass R.; ROWELL, Arden. On discounting regulatory benefits: risk, money, and intergenerational equity. **The University of Chicago Law Review**, v. 74, p. 171-208, 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.1/74_1_Sunstein_Rowell.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015. p. 185.

É verdade que vidas humanas não podem ser investidas em um banco para salvar mais vidas no futuro, mas os recursos que seriam usados para salvar estas vidas podem ser investidos para que tenham maior rentabilidade e assim salvem mais vidas no futuro.²³⁷

Em outro sentido, Rose-Ackerman adota uma posição intermediária. Descarta a utilização da análise do custo-benefício para avaliação das políticas públicas cujas consequências são multigeracionais, mas defende o procedimento e a taxa de desconto social para avaliação dos impactos gerados em curto e médio prazo:

Devemos ser transparentes com a modelação e mensuração das escolhas que requerem avaliações não econômicas e realizar a análise de sensibilidade para ver se as decisões que envolvem estas variáveis são importantes para o resultado final.²³⁸

Adler e Posner admitem que a promoção do bem-estar da sociedade pode resultar em problemas de inequidade intergeracional. Todavia, asseveram que a análise do custo-benefício é destinada a incrementar o bem-estar da sociedade e defendem a utilização da taxa de desconto em um índice suficiente à maximização da precisão das estimativas capazes de alcançar tal objetivo. Na hipótese de a análise do custo-benefício apontar para uma decisão que ameace empobrecer as gerações presentes em detrimento das futuras, ou vice-versa, os governos devem promover uma análise distributiva complementar a fim de determinar quando a decisão avaliada é moralmente aconselhável.²³⁹

Destarte, recusar o desconto não é uma maneira eficiente para assegurar o preenchimento das obrigações morais das presentes gerações para com as futuras. Apenas há que se ter o cuidado de definir uma taxa no menor percentual admissível quando as políticas públicas avaliadas gerarem impactos por períodos muito longos, cujos efeitos sejam intergeracionais.

²³⁷ UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4: regulatory analysis**. Washington: OBM. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²³⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015. A jurista sustenta que a análise do custo-benefício não se presta para avaliação de políticas públicas voltadas para a mitigação da pobreza, tampouco para aquelas com consequências macroeconômicas que são amplas, multigeracionais e potencialmente irreversíveis.

²³⁹ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 177.

A análise do custo-benefício deve utilizar uma taxa de desconto decrescente ao longo do tempo para a avaliação de impactos que ocorrerão em um futuro distante ou que possuam um elevado grau de incerteza e, assim, atribuir um valor atual superior aos impactos de longo prazo.²⁴⁰ Neste sentido, Kenneth Arrow e outros dez renomados economistas, em artigo publicado na Revista Science, defendem a análise do custo-benefício como meio de avaliação dos impactos das decisões públicas e sustentam que a eficiência econômica e a equidade entre as gerações clamam para que seja atribuído um valor menor aos custos e aos benefícios futuros.²⁴¹

Do exposto, denota-se que o desconto dos custos e dos benefícios futuros, após convertidos para valores atuais, justifica-se não apenas pela maximização da precisão das estimativas dos impactos das decisões públicas, mas também pelo fato de que a recusa ao desconto em nada contribui para a solução, podendo até mesmo agravar o problema da inequidade intergeracional. De toda sorte, para que a avaliação dos impactos que ocorrerão em um futuro distante não seja subestimada, o percentual da taxa de desconto deve ser proporcionalmente inferior à extensão do período durante o qual os impactos serão gerados.

2.5.3 Análise do custo-benefício e riscos de impactos globais e irreversíveis ao meio ambiente

A análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos riscos de impactos ambientais globais, cujos efeitos são potencialmente catastróficos, irreversíveis e perpetuados por séculos, a exemplo dos efeitos relativos ao aquecimento global, à preservação da biodiversidade, aos serviços ecossistêmicos, aos acidentes nucleares, entre outros, enfrenta alguns desafios específicos.

As peculiaridades dos efeitos nefastos dos piores problemas ambientais da humanidade, notadamente as mudanças climáticas e a deterioração da camada de

²⁴⁰ REVESZ, Richard L. et al. Global warming: Improve economic models of climate change. **NATURE – International Weekly Journal of Science**, v. 508, p. 173-175, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/global-warming-improve-economic-models-of-climate-change-1.14991>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

²⁴¹ ARROW, Kenneth J. et al. Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? **Science**, v. 272, p. 221-222, 2 abr. 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.259.9894&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

ozônio, bem ilustram a dificuldade de avaliação de tais riscos ao meio ambiente.²⁴² Além de intimamente relacionados, ambos os problemas geram riscos globais criados por diversos países, razão pela qual seu enfrentamento adequado inevitavelmente depende de esforços coordenados de todos os países, normalmente definidos por acordos internacionais. Ademais, os dois problemas envolvem a avaliação de questões relacionadas à equidade intergeracional e internacional, porquanto ambos impõem os custos de redução desses riscos às gerações atuais ao tempo em que representam perdas possivelmente irrecuperáveis às futuras gerações e os dois são majoritariamente atribuíveis ao desenvolvimento de países ricos ao tempo em que os países mais pobres são os mais vulneráveis aos seus efeitos nefastos.

Desse modo, denota-se que a análise do custo-benefício da atuação governamental para a redução desses riscos específicos é particularmente complexa, visto que se trata de um problema global, a ser enfrentando sob a ótica das relações internacionais, as quais inevitavelmente envolvem a avaliação de interesses políticos. Outrossim, tais riscos específicos são mais suscetíveis de comprometerem a equidade intergeracional e internacional.

Acresça-se a essas questões o elevado grau de incerteza e imprecisão em relação às informações científicas e econômicas sobre onde, geograficamente, os efeitos nefastos ao meio ambiente serão mais intensos, quais populações serão mais prejudicadas e qual peso atribuir a essas consequências.

Nesse contexto, ambientalistas e até mesmo proponentes da análise do custo-benefício em outras áreas sustentam que esse procedimento não é o mais adequado para a tomada da decisão pública voltada para a redução de riscos ao meio ambiente. Isso em razão das complexidades do sistema climático, das dificuldades de monetização dos serviços ecossistêmicos, do longo horizonte temporal em que ocorrem os efeitos da degradação do meio ambiente, dos níveis sem precedentes de emissão e concentração de carbono lançados na atmosfera

²⁴² Os impactos associados ao aquecimento global incluem, entre outros, fenômenos meteorológicos extremos, tais como tempestades e inundações, diminuição das reservas alimentares em todo o mundo, degradação dos ecossistemas, perda da biodiversidade com a extinção das espécies, elevação do nível do mar, degelo do permafrost, desemprego, pobreza extrema, conflitos entre os povos e refugiados climáticos.

desde a Revolução Industrial e da imprecisão dos dados científicos disponíveis sobre as consequências irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente.²⁴³

Com efeito, os dados técnicos e as informações produzidas pela ciência climática e pela economia são indispensáveis à monetização dos custos e dos benefícios relativos às opções de investimentos dos recursos públicos na redução dos riscos ao meio ambiente. No procedimento de monetização dos impactos adversos ao meio ambiente, uma prática difundida entre diversos países e até mesmo entre empresas privadas é atribuir um determinado valor social à poluição gerada pela emissão de dióxido de carbono, um dos principais gases de efeito estufa, a fim de calcular o custo econômico de tais efeitos e estimar o valor dos prejuízos causados pela emissão de cada tonelada deste poluente no ambiente.²⁴⁴

Nesse rumo, a economia, com base em informações científicas, monetiza os prováveis efeitos da emissão deste poluente e apresenta uma estimativa do valor social do carbono, visando instrumentalizar a análise do custo-benefício e permitir que os custos da restrição à poluição possam ser comparados com os custos dos impactos da degradação do meio ambiente, como o aquecimento global, as mudanças climáticas, e assim por diante.²⁴⁵

²⁴³ Cf. MOORE, Frances C.; DIAZ, Delavane B. Temperature impacts on economic growth warrant stringent mitigation policy. **Nature Climate Change**, v. 5, p. 127-131, 2015. Disponível em: <<http://www.nature.com/nclimate/journal/v5/n2/full/nclimate2481.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016. e MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Climate regulation and the limits of cost-benefit analysis. **California Law Review**, v. 99, p. 1557-1600, dez. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/3>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

²⁴⁴ O modelo para calcular os impactos econômicos decorrentes das mudanças climáticas mais utilizado é conhecido por modelo de avaliação integrada (*Integrated Assessment Models* [IAMs]), em que os economistas traduzem a emissão de uma unidade de carbono, a exemplo de dirigir um carro ou da queima de carvão nas termelétricas, em uma estimativa do custo dos impactos da emissão sobre a saúde, o bem-estar e a qualidade de vida em termos monetários. O modelo IAMs é utilizado nos EUA, no Canadá, no México, na Inglaterra, na França, na Alemanha e na Noruega para análise das proposições legislativas que visam combater as mudanças climáticas. Cf. MOORE, Frances C.; DIAZ, Delavane B. Temperature impacts on economic growth warrant stringent mitigation policy. **Nature Climate Change**, v. 5, p. 127-131, 2015. Disponível em: <<http://www.nature.com/nclimate/journal/v5/n2/full/nclimate2481.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

²⁴⁵ Cf. MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Climate regulation and the limits of cost-benefit analysis. **California Law Review**, v. 99, p. 1557-1600, dez. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/3>>. Acesso em: 20 dez. 2015. O valor social do carbono representa uma estimativa do valor monetário dos efeitos da emissão do carbono no ambiente sobre os hábitos de consumo da população. Por exemplo: calcula-se o valor estimado dos efeitos da emissão de uma tonelada métrica de carbono em longo prazo no clima, os quais podem resultar em efeitos adversos para a agricultura ou na elevação do nível do mar, e assim por diante, efeitos que irão afetar diretamente as pessoas (com o aumento do preço dos alimentos) ou demandarão medidas dispendiosas de reparação (construção de um muro de contenção do mar).

Nos Estados Unidos, o OMB criou um grupo de trabalho (*Interagency Working Group* [IWG]), formado por cientistas e economistas, para calcular o valor social do carbono uniforme a ser utilizado por todas as agências federais na atividade regulatória.²⁴⁶ A estimativa do valor social do carbono pretende refletir, mas não esgotar, os prejuízos monetizados associados ao incremento da emissão de carbono em determinado ano, incluindo as alterações na produtividade agrícola, a saúde humana, os prejuízos patrimoniais em decorrência do incremento do risco de inundações e o valor dos serviços ecossistêmicos em decorrência das mudanças climáticas. Em 2013, o IWG apresentou a estimativa do valor social do carbono para o período de 2010 a 2050, a qual é variável conforme o ano e a taxa de desconto aplicável, sendo que o valor estimado da emissão de uma tonelada de dióxido de carbono em 2015 é de 37 dólares, quando utilizada uma taxa de desconto de 3%.²⁴⁷

O valor social do carbono foi utilizado pela EPA para calcular os custos e os benefícios do Clean Power Plan, lançado em agosto de 2015, um audacioso plano fixando novas regras, *standards* e limites nacionais para a emissão de carbono por usinas termelétricas, as quais são responsáveis pela maior fonte norte-americana de emissões de poluentes causadores do aquecimento global. O plano estabelece metas aos Estados e almeja a restrição de 32% da emissão do monóxido de carbono pelo setor de energia elétrica nacional até 2030. A estimativa é de que os benefícios à saúde e ao meio ambiente ultrapassem os custos de implementação do plano, de modo que, em 2030, são estimados entre 26 bilhões a 45 bilhões de

²⁴⁶ A criação do grupo especializado ocorreu em 2010, após agências federais apresentarem divergentes estimativas para o valor social do carbono. Em 2008, o Departamento de Energia (*Department of Energy* [DOE]) estimou valor entre \$0 e \$20 por tonelada e recusou a utilização do valor social do carbono na análise do custo-benefício, com o argumento de que o valor econômico da redução não é precificado no mercado. Em 2009, o Departamento de Transporte (*Department of Transportation* [DOT]) estimou o valor social do carbono doméstico em \$2 e o valor internacional em \$33, utilizou os dois valores na análise de sensibilidade, mas não utilizou quaisquer dos valores na análise do custo-benefício. Em 2008, a EPA estimou o valor social do carbono em \$68 por tonelada quando utilizada a taxa de desconto social de 2% e em \$40 quando a taxa de desconto era de 3%, em uma proposição de regulação do *Clean Air Act*, mas não definiu qual valor social do carbono deveria ser utilizado.

²⁴⁷ O valor é equivalente a 37 dólares em 2007, sendo que o valor atualizado em 2015 era aproximadamente 40 dólares. ESTADOS UNIDOS. Interagency Working Group on Social Cost of Carbon. **Technical Support Document**: Technical Update of the Social Cost of Carbon for Regulatory Impact Analysis - Under Executive Order 12866. 2013. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/social_cost_of_carbon_for_ria_2013_updat e.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.

dólares de benefícios anuais. Os custos são estimados entre 1.4 bilhões e 2.5 bilhões de dólares em 2020 e entre 5.1 bilhões e 8.4 bilhões de dólares em 2030.²⁴⁸

Canadá, México, Inglaterra, França, Alemanha e Noruega utilizam números similares ao valor social do carbono calculado pelo IWG para orientação de suas decisões públicas regulatórias, assim como o Fundo Monetário Internacional para análise de concessão de subsídios para a produção de combustíveis fósseis.²⁴⁹

No setor privado, calcula-se o custo da emissão de carbono para o planejamento financeiro de suas iniciativas e seus investimentos. Nesse ponto, de acordo com o *Carbon Disclosure Project* (CDP), uma organização não governamental com sede na Inglaterra, presente em mais de 80 países e focada na redução dos riscos decorrentes das mudanças climáticas, destaca que, em 2015, mais de mil empresas privadas reportaram que integrarão o custo da poluição decorrente da emissão do carbono no planejamento dos riscos e das oportunidades relacionados às mudanças climáticas nos próximos dois anos.²⁵⁰

A estimativa do valor social do carbono utilizada pelo governo dos Estados Unidos para regulamentar as atividades nocivas ao meio ambiente é criticada por cientistas, políticos e pelo segmento industriário, em razão das incertezas dos fatores que integram o cálculo da estimativa. Nesse sentido, cientistas da Universidade de Stanford publicaram um estudo no qual afirmam que o valor estimado de 37 dólares por tonelada de monóxido de carbono pode ser até seis vezes superior.²⁵¹

As indústrias emissoras do monóxido de carbono, por seu turno, afirmam que a estimativa é superestimada. Nessa perspectiva, 23 Estados e 60 usinas termelétricas pleiteiam na Suprema Corte a anulação do Clean Power Plan,

²⁴⁸ A EPA estima que Clean Power Plan irá prevenir mais de 3.600 mortes, 1.700 infartos, 90.000 ataques de asma, 300.000 dias de absenteísmo laboral e escolar por ano. Ainda, para cada dólar investido pelos americanos neste plano, a nação ganhará mais de 4 dólares em benefícios à saúde. ESTADOS UNIDOS. EPA. **Clean Power Plan**. 2015. Disponível em: <<http://www.epa.gov/cleanpowerplan/clean-power-plan-existing-power-plants>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

²⁴⁹ REVESZ, Richard L. et al. Global warming: Improve economic models of climate change. **NATURE – International Weekly Journal of Science**, v. 508, p. 173-175, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/global-warming-improve-economic-models-of-climate-change-1.14991>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

²⁵⁰ SIMPSON, Paul. The Paris Agreement: a new compass for business. **Carbon Disclosure Project – CDP**, 12 dez. 2015. Disponível em: <<http://blog.cdp.net/the-paris-agreement-a-new-compass-for-business/>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

²⁵¹ MOORE, Frances C.; DIAZ, Delavane B. Temperature impacts on economic growth warrant stringent mitigation policy. **Nature Climate Change**, v. 5, p. 127-131, 2015. Disponível em: <<http://www.nature.com/nclimate/journal/v5/n2/full/nclimate2481.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

apresentando, entre outros argumentos, que os limites impostos para a emissão do poluente são extremamente rígidos e por isso não podem ser implementados, de maneira que a única alternativa restante será fechar todas as usinas movidas a carvão.

De outro lado, um grupo de renomados economistas e cientistas climáticos publicou um artigo defendendo que, não obstante as significativas incertezas, a estimativa do valor social do carbono é válida para a formulação das políticas públicas. Sustentam que a estimativa omite alguns riscos relevantes associados às mudanças climáticas, a exemplo das revoltas sociais e da interrupção do crescimento econômico, de modo que provavelmente reflete uma estimativa subestimada dos prejuízos futuros. No entanto, afirmam que a alternativa viável – deixar de atribuir algum valor para a redução da emissão do monóxido de carbono – resultaria na regulamentação dos gases de efeito estufa ainda mais permissiva.²⁵²

Sob outro aspecto, a inquestionável imprecisão e incerteza dos dados científicos sobre os efeitos da degradação do meio ambiente não justifica a obstaculização da avaliação dos impactos das legislações e das regulações que visam à redução dos riscos ambientais, mormente em razão de que o argumento utilizado a pretexto da proteção ao meio ambiente a qualquer custo esbarra no fator multidimensional do bem-estar da sociedade e do desenvolvimento sustentável, cujo meio ambiente, embora das mais importantes, é apenas uma das facetas.

Ademais, no decorrer dos anos, o aperfeiçoamento e o progresso da ciência climática e da economia permitirão a redução do grau de imprecisão e incerteza das informações e dos dados científicos acerca da relação entre a emissão de poluentes, as mudanças climáticas e a degradação do meio ambiente. Em consequência, a avaliação dos impactos das decisões públicas será mais precisa e confiável.

²⁵² REVESZ, Richard L. et al. Global warming: Improve economic models of climate change. **NATURE – International Weekly Journal of Science**, v. 508, p. 173-175, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/global-warming-improve-economic-models-of-climate-change-1.14991>>. Acesso em: 08 dez. 2015. As fontes de incertezas são inúmeras e incluem: como o clima responde às concentrações de monóxido de carbono, taxas de crescimento das emissões para diferentes cenários socioeconômicos, a completude e a exatidão das avaliações dos danos (notadamente em relação aos danos catastróficos, migração dos povos e aos conflitos decorrentes), a habilidade das futuras gerações em adaptarem-se às mudanças climáticas e a taxa de desconto utilizada para trazer os custos futuros para valores atuais.

De outra banda, a nota distintiva sobre a equidade intergeracional e internacional, quando se tratar da avaliação dos riscos ao meio ambiente, refere-se à inadequação das justificativas que originariamente legitimam o desconto dos custos e dos benefícios futuros. A expectativa otimista de que as futuras gerações estarão em uma situação melhor em relação às gerações presentes torna-se menos realista quando se considera que a degradação ao meio ambiente cria riscos de catástrofes e de danos irreversíveis às futuras gerações.

Além do mais, os custos de oportunidade, em que se calculam os gastos com as medidas necessárias à redução dos riscos presentes no futuro para que sejam descontados pelo valor atual da quantia equivalente caso fosse aplicada em investimentos rentáveis, justificam a incidência da taxa de desconto dos benefícios futuros quando houver riscos imediatos ou em um futuro próximo. Nesse caso, se o valor futuro for inferior ao custo de reduzir os riscos no presente, não faz sentido investir em ações que podem ser futuramente adotadas por um custo inferior.

No entanto, os danos ao meio ambiente são, em sua maioria, irreversíveis, pelo que a redução dos riscos de impactos adversos a ele não pode ser postergada. A lógica de descontar os benefícios futuros decorrentes da redução de riscos ambientais para avaliar a possibilidade de postergar as medidas de redução não captura a essência do problema, porquanto, na hipótese de concretização dos efeitos catastróficos, a geração atual estará impossibilitada de compensar as gerações futuras. Nesse contexto, Rose-Ackerman acrescenta que a lógica do desconto é válida para pequenos investimentos; porém, é irrelevante se poucas pessoas puderem usufruir dos benefícios postergados para o futuro.²⁵³

Ainda sobre a equidade internacional e a preservação do meio ambiente, Revesz e Livermore apontam que estudos sobre o aquecimento global comprovam que os efeitos serão sofridos de maneira desproporcional por indivíduos de países pobres e em desenvolvimento, os quais serão os mais afetados pela degradação do meio ambiente. Bangladesh, por exemplo, será particularmente prejudicado pela elevação do nível do mar; em contrapartida, os países mais ricos são os maiores responsáveis pelo aquecimento global e, por conseguinte, são os mais onerados pelos custos da mitigação do problema. Nesse caso, Bangladesh é beneficiado com

²⁵³ ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015.

as medidas de proteção ambiental custeadas por países ricos, mas, no futuro, não estará em melhor situação que esses países, razão pela qual não faz sentido descontar os benefícios futuros.²⁵⁴

No mesmo sentido, consoante a Encíclica do Papa Francisco, publicada em junho de 2015, a deterioração do meio ambiente causa a deterioração da sociedade e afeta as pessoas mais vulneráveis do planeta: “Pesquisas científicas e empíricas reiteradamente têm demonstrado que os efeitos mais graves de todos os ataques ao ambiente são sofridos pelas pessoas mais pobres”.²⁵⁵

Em sentido contrário, Sunstein e Rowell argumentam que a proteção do meio ambiente também pode ser prejudicial às futuras gerações, em especial quando for extremamente onerosa, e que não há razão para acreditar que preservar determinado bem ambiental é sempre melhor para a posteridade do que investir recursos em outras áreas que não envolvam a proteção do meio ambiente. Sustentam que a conclusão apropriada deve ter o desenvolvimento sustentável como pano de fundo para uma combinação de resultados, os quais exigem especificação e justificações independentes sobre o que demanda a equidade intergeracional e internacional.²⁵⁶

Ackerman e Heinzerling invocam o princípio da precaução²⁵⁷ como procedimento de substituição da análise do custo-benefício, sustentando que as nações são obrigadas a investir os recursos que forem necessários à regulação eficaz dos riscos de impactos irreversíveis e catastróficos, ainda que não se tenha

²⁵⁴ REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 111-112. Os autores defendem que teria que ser utilizada uma taxa de desconto social negativa para refletir o fato de que, quando os benefícios das medidas de redução dos impactos ambientais começarem a surtir resultados, Bangladesh será mais pobre que os países ricos. A taxa de desconto negativa justificaria investir mais recursos no presente que os benefícios obtidos no futuro.

²⁵⁵ PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

²⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R.; ROWELL, Arden. On discounting regulatory benefits: risk, money, and intergenerational equity. **The University of Chicago Law Review**, v. 74, p. 171-208, 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.1/74_1_Sunstein_Rowell.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015. p. 205.

²⁵⁷ A definição do princípio da precaução consta no princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (14 de Junho de 1992): “Quando existem ameaças de danos graves ou irreversíveis, a falta de certezas científicas absolutas não poderá constituir um motivo para adiar a adoção de medidas eficazes”. Ver: WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Interesse Público, 2009.

um consenso científico sobre a previsibilidade da ocorrência e da extensão de tais riscos. As decisões públicas devem ser tomadas em consideração ao pior cenário possível diante da inércia ou da opção por medidas mais amenas quando se tratar da regulação de tais riscos. Argumentam que é melhor desperdiçar recursos com a prevenção a ver concretizarem-se os riscos catastróficos previsíveis, razão pela qual os governos não podem poupar na proteção das presentes e das futuras gerações.²⁵⁸

No que se refere ao princípio da precaução como método substitutivo da análise do custo-benefício, Sunstein alerta que desconsiderar os custos de implementação das regulações ambientais também pode provocar o pior cenário possível. Os custos de implementação dessas regulações recaem não somente sobre os empregadores, mas oneram principalmente os consumidores e os trabalhadores, os quais arcam com as consequências do desemprego e com a alta do preço das mercadorias. Enfrentar o cenário mais pessimista possível implica considerar o fato de que os custos das regulações criam sérios problemas, incluindo o significativo incremento das taxas de desemprego e da extrema pobreza.²⁵⁹

Sunstein assevera que uma das únicas verdades acerca do princípio da precaução reside no reconhecimento de que os governos devem atentar para os riscos de baixa probabilidade de prejuízos catastróficos. No entanto, afirma que o princípio da precaução pode resultar no indesejável efeito paralisante, ao atuar como um obstáculo à atuação governamental. Sustenta que a análise do custo-benefício bem executada acomoda o princípio da precaução ao incorporar a avaliação dos riscos de pequena probabilidade e de impactos significativos.²⁶⁰

Richard Posner defende que as medidas de redução dos riscos de catástrofes – a exemplo desses riscos decorrentes do aquecimento global – não podem ser instituídas exclusivamente com base na análise do custo-benefício, mas propõe esse procedimento como um passo indispensável para a racionalidade na tomada de decisão pública na área ambiental e em qualquer outra área regulamentada pelo governo. Respostas efetivas aos maiores riscos catastróficos são extremamente dispendiosas, de modo que a implementação de tais medidas demandam uma

²⁵⁸ ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless**: on knowing the price of everything and the value of nothing. New York: The New Press, 2004. p. 227.

²⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 219.

²⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 24

estimativa dos custos e dos benefícios. Posner entende que o princípio da precaução, quando aplicado de maneira sensata, é equivalente a uma espécie de análise do custo-benefício com aversão ao risco, visto que cria uma margem de segurança para proteção de riscos que merecem uma preocupação maior. Destarte, para Posner, o princípio da precaução não é um rival, e sim uma versão da análise do custo-benefício.²⁶¹

Por fim, os riscos causados pela degradação do meio ambiente são globais e, conseqüentemente, demandam soluções globais, de modo que os esforços unilaterais de uma nação para a redução de impactos globais ao meio ambiente podem beneficiar o resto do mundo; porém, isoladamente adotados, são insuficientes para alcançarem os efeitos desejáveis no próprio país e no mundo. Desse modo, a análise do custo-benefício não seria o procedimento adequado para orientação das decisões públicas que envolvem a redução de tais riscos em razão das dificuldades de incorporação desse aspecto na avaliação dos impactos.

Especificamente ao aquecimento global, à emissão de poluentes e às mudanças climáticas, Masur e Posner entendem que a análise do custo-benefício é falha em razão da dificuldade de incorporar à avaliação dos impactos adversos a taxa de fuga do problema para outros países, vinculada ao efeito *free rider*, do qual se beneficiam os países que assistem passivamente à degradação do meio ambiente. A fuga do problema ocorre quando, por exemplo, a restrição à emissão do carbono em um país resulta na migração das indústrias que emitem esses poluentes para países cujas restrições são menos severas, ou quando as restrições às emissões dos poluentes transferem o consumo de produtos nocivos para outros países.²⁶²

Diante da dificuldade técnica de identificação do percentual adequado da taxa de fuga, restam duas soluções, igualmente imperfeitas, para a análise do custo-benefício: ignora-se a taxa de fuga na expectativa de que haverá a cooperação dos demais países mediante um futuro acordo internacional, assumindo-se o risco de

²⁶¹ POSNER, Richard A. **Catastrophe: Risk and Response**. New York: Oxford University Press, 2004. p. 222. Posner reconhece que o aquecimento global é o maior exemplo para apontar as limitações da análise do custo-benefício, mas, mesmo nesse campo, acredita ser possível progredir tentando ser o mais quantitativo possível.

²⁶² MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. **Climate regulation and the limits of cost-benefit analysis**. *California Law Review*, v. 99, p. 1557-1600, dez. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/3>>. Acesso em: 20 dez. 2015. p. 1591.

benefícios superestimados caso tal tratado nunca seja ratificado, ou aplica-se uma taxa de fuga bastante elevada, elevando os custos das medidas de restrição aos riscos ambientais a patamares quase que impeditivos à atuação governamental.²⁶³

Não obstante, ainda que a atuação unilateral de cada país não surte os melhores resultados possíveis, é desejável que a implementação de políticas públicas para a mitigação dos impactos ambientais ocorra em múltiplas escalas: internacional, regional, nacional e local. Nesse sentido, de acordo com a Encíclica do Papa Francisco, as questões referentes ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico não podem mais ser abordadas pela única perspectiva das diferenças entre os países, demandando uma atenção maior para políticas nacionais e locais.²⁶⁴

De outra forma, a deficiência do procedimento da análise do custo-benefício na captura e na incorporação dos aspectos globais da degradação ambiental não legitima a redução dos riscos ambientais a qualquer custo. Até mesmo a Encíclica Papal reconhece: “Quando surgem eventuais riscos para o meio ambiente que afetam o bem comum presente e futuro, essa situação exige que as decisões sejam baseadas num confronto entre riscos e benefícios previsíveis para cada opção alternativa possível”.²⁶⁵

Ainda, a Encíclica Papal propõe o estudo prévio de impacto ambiental anterior à elaboração de quaisquer projetos ou de políticas públicas, a ser elaborado de forma interdisciplinar, transparente e independente de qualquer pressão econômica ou política. O estudo de impacto ambiental deve incorporar a análise das condições

²⁶³ MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. **Climate regulation and the limits of cost-benefit analysis**. *California Law Review*, v. 99, p. 1557-1600, dez. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/3>>. Acesso em: 20 dez. 2015. p. 1591.

²⁶⁴ Segundo o item 177 da Encíclica Papal: “Os países não podem mais ignorar suas responsabilidades no planejamento, na coordenação, na fiscalização e na execução de políticas públicas ambientais dentro de suas respectivas fronteiras. O Direito deve se encarregar das leis que definam as condutas admissíveis à luz dos bens comuns. Uma sociedade madura, saudável e soberana deve impor limites em relação à previsibilidade e à precaução, deve contar com regulamentações adequadas, vigilância sobre a aplicação das normas, eliminação da corrupção, ações de controle operacional sobre o aparecimento de efeitos não desejados dos processos de produção e oportuna intervenção perante riscos incertos ou potenciais”. PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato SI do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

²⁶⁵ Item 184 da Encíclica Papal. PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato SI do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

de trabalho e dos possíveis efeitos na saúde física e mental das pessoas, na economia local, na segurança, ou seja, considerar todos os cenários possíveis para que a previsão dos resultados econômicos ocorra de modo mais realista e, eventualmente, antecipe a necessidade de um investimento maior para prevenção dos efeitos indesejáveis. O estudo prévio de impacto ambiental a que se refere o Papa Francisco, assim como a análise do custo-benefício, nada mais é que um instrumento de catalogação e avaliação das consequências ambientais de quaisquer atividades públicas ou privadas.

No Brasil, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) são previstos no art. 225, parágrafo 1º, inciso IV da CF, na Lei nº 6938/81 e na Resolução n 1/86 do CONAMA. O EIA tem por objetivo principal avaliar os impactos ambientais positivos e negativos de alguns empreendimentos – desenvolvidos pela iniciativa privada ou por concessionárias de serviços públicos – e de suas alternativas, por intermédio de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes.²⁶⁶

O procedimento análise do custo-benefício proposto na presente dissertação, diferentemente do EIA, destina-se à avaliação dos impactos das decisões públicas, notadamente de legislações e regulações. Em que pese no Brasil ainda não haver a previsão legal da análise do custo-benefício como procedimento de decisão pública, a previsão legal de procedimento similar para atividades desenvolvidas pela iniciativa privada ou por concessionárias de serviços públicos reforça o apelo ao legislador para a urgente necessidade de previsão de tal mecanismo de avaliação das consequências da atuação governamental.²⁶⁷

Ademais, o consenso global necessário à mitigação eficaz da degradação ambiental depende do acordo entre as comunidades internacionais sobre a responsabilidade de cada país na internalização dos custos ambientais, de maneira que a adesão dos países está condicionada ao julgamento político que cada país

²⁶⁶ O EIA deve ser realizado por equipe multidisciplinar e é exigível para o licenciamento de algumas atividades específicas enumeradas no art. 2º da Resolução 1/86 do CONAMA e de quaisquer atividades de competência federal.

²⁶⁷ José Mendonça afirma que os argumentos que justificam o EIA e o RIMA podem ser extrapolados até a admissão legal de relatórios de impactos regulatórios em sentido amplo. Enfatiza a assertiva, apontando para o fato de a Lei nº 6.938/81 prever a necessidade de mensurar os impactos sociais e humanos do empreendimento objeto do EIA. MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 427.

acerca de sua responsabilidade ambiental, a qual não pode ser aferível pela análise do custo-benefício.²⁶⁸

Nesse ponto, a análise do custo-benefício, embora não se preste a quantificar a responsabilidade internacional de cada país pela poluição ambiental global, é um instrumento útil para que os países, antes de ratificarem os acordos internacionais, tenham o conhecimento relativo à previsibilidade dos custos e dos benefícios de implementação de tais acordos em seu território.

De qualquer sorte, evidencia-se que os principais e mais preocupantes aspectos comuns entre os maiores riscos ao meio ambiente – a saber: apresentam riscos de catástrofes e prejuízos irreparáveis às presentes e às futuras gerações; sua mitigação eficaz demanda a assunção de compromissos internacionais e responsabilidades internacionais – não legitimam a atuação pública voltada à redução desses riscos desvinculada da ponderação dos custos e dos benefícios. Nesses casos, ainda que a análise do custo-benefício não ofereça resultados precisos determinantes à atuação pública, é certo que sem a adoção do procedimento haveria imprevisibilidade e incerteza ainda maiores no tocante às prováveis consequências das decisões públicas. Dessa feita, é prudente que a atuação governamental voltada à redução dos riscos ao meio ambiente fundamente-se não apenas na análise do custo-benefício, mas também no julgamento moral e político das especificidades comuns a tais riscos.

²⁶⁸ Nesse sentido, a Encíclica Papal de 2015 afirma que algumas estratégias para reduzir a emissão de gases de efeito estufa requerem a internalização dos custos ambientais, o que pode acarretar encargos mais pesados aos países menos desenvolvidos em comparação aos países mais industrializados. Nesse caso, para evitar uma injustiça ainda maior a pretexto de proteger o ambiente, faz-se necessária a atribuição de responsabilidades comuns e diferenciadas. PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato SI do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum**. 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

3 PODER JUDICIÁRIO E ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

3.1 A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO COMO FUNDAMENTAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS E DECISÕES JUDICIAIS

A análise do custo-benefício é reconhecida e aplicada pelos governos de inúmeros países como instrumento de orientação e implementação eficiente de políticas públicas. No domínio público, conforme se deduz da abordagem nos capítulos anteriores, essa ferramenta é reconhecida como um potente, quiçá o melhor mecanismo disponível aos governos para a avaliação das consequências das decisões públicas inerentes às funções administrativas e legislativas. No domínio privado, a disciplina da análise econômica do Direito propôs a ponderação dos custos e dos benefícios como instrumento ao alcance da eficiência na alocação de recursos e na definição de institutos jurídicos e titulares de direitos nos mais diversos campos do Direito.

Especificadamente em relação à ponderação dos custos e dos benefícios na definição de titulares de direitos, destacam-se as teorias da responsabilidade civil, originariamente desenvolvidas por Ronald Coase e Guido Calabresi, incorporadas e expandidas pelo movimento da análise econômica do Direito.²⁶⁹

Em verdade, a abordagem econômica no estudo das indenizações decorrentes de ilícitos civis foi primeiramente articulada na proposição de Arthur Cecil Pigou para internalização dos custos sociais. A teoria de Pigou, embora não tenha tratado da responsabilidade civil, parte da análise de casos hipotéticos. Entre eles, consta o de um trem que lança faíscas ao passar pelos trilhos, as quais ocasionam prejuízos para os fazendeiros ao incendiarem suas plantações de milho localizadas nas proximidades da via férrea. Consoante Pigou, os prejuízos dos fazendeiros consistem em custos sociais e somente serão internalizados na atividade desenvolvida pela empresa mediante a imposição de uma taxa.²⁷⁰

Coase, criticando a proposta de internalização dos custos sugerida por Pigou, desenvolveu a teoria conhecida por Teorema de Coase sustentando que, quando os

²⁶⁹ A primeira tentativa sistemática de explicar parte do Direito da responsabilidade civil com a teoria econômica foi feita por R. Coase, em *The problem of social cost* (1960), sendo que essa abordagem foi depois tratada por Guido Calabresi, em *The Cost of Accidents* (1970).

²⁷⁰ PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan, 1932.

custos de transação são equivalentes a zero, as partes envolvidas – no caso os fazendeiros e a empresa ferroviária – barganham até que obtenham a eficiência na alocação dos recursos, independentemente da configuração da responsabilidade ou da tributação da empresa pelos prejuízos causados por sua atividade. O autor defendeu que a *common law* é um mecanismo apropriado para internalizar os custos sociais de maneira eficiente ao sugerir que as Cortes inglesas demonstravam uma interpretação econômica intuitiva melhor que aquela pregada por economistas de tradição pigouviana.

Nesse rumo, expandindo o ideal de Coase²⁷¹, Richard Posner, no artigo *Uma teoria da negligência*, publicado em 1972, analisa a decisão do juiz Learned Hand, da Corte de Apelações do 2º Circuito em *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (1947) e outras 1.528 decisões proferidas pelas Cortes de Apelação dos Estados Unidos, para propor essas decisões judiciais como métodos adequados à alocação eficiente dos recursos despendidos em acidentes e na prevenção de acidentes.²⁷²

A fórmula algébrica do juiz *Learned Hand* equaciona três fatores: a magnitude da perda caso ocorra o acidente, a probabilidade de o acidente ocorrer e o encargo de adotar as precauções necessárias a evitar o acidente. Sob essa perspectiva, quando o produto dos dois primeiros fatores exceder os custos das medidas de precaução, imputa-se responsabilidade ao causador do dano por ter sido negligente ao falhar na adoção de tais precauções. De outro modo, não há conduta negligente quando o custo de implantação das medidas de precaução é igual ou superior à soma do produto da probabilidade do dano e da magnitude do dano.²⁷³

²⁷¹ POSNER, Richard A.; LANDES, William M. The Positive Economic Theory of Tort Law. **Georgia Law Review**, v. 15, p. 851-924, 1980. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2548&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁷² POSNER, Richard A. A theory of negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 1, p. 29-96, 1972. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015. Em 1973, nesse artigo, Posner introduz uma teoria econômica para explicar a função social da concepção de negligência na atribuição da responsabilidade civil por acidentes. Posner publicou outro artigo, estendendo a teoria econômica para a atribuição de responsabilidade objetiva. Ver: POSNER, Richard A. Strict Liability: A Comment. **Journal of Legal Studies**, v. 205, p. 205-221, 1973. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3433&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁷³ Resumidamente, a questão principal a ser decidida no caso *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (1947) era se o proprietário de uma balsa poderia ser responsabilizado perante terceiros por deixar de manter um empregado a bordo em todo o período em que a balsa estava amarrada ao porto.

Richard Posner sustenta que, ao esboçar essa fórmula, o juiz Hand introduziu, talvez involuntariamente, um significado econômico para definição de conduta negligente. Assim, para Posner, quando os custos das medidas de segurança ou da redução da atividade extrapolam os benefícios que se teria ao evitar o acidente, o melhor para a sociedade, em termos econômicos, é deixar de prevenir o acidente.²⁷⁴

Em conformidade com essa abordagem, uma empresa que maximize racionalmente os seus lucros optará por pagar as indenizações judiciais para as vítimas dos acidentes em vez de incorrer nos custos superiores à prevenção da responsabilidade judicial. Não obstante, conforme o próprio Posner reconhece, sua teoria econômica da negligência ocasiona uma inevitável desaprovação moral, porquanto sugere que há uma alternativa mais econômica que deixar de evitar o acidente.²⁷⁵

De fato, alguns dos mais consistentes críticos à teoria econômica da responsabilidade civil de Posner – a saber: Ronald Dworkin e Richard Epstein – argumentam que um sistema legal projetado apenas para tornar as sociedades mais ricas é imoral.²⁷⁶ Ademais, a teoria de Posner também não é justificável sob o

²⁷⁴ POSNER, Richard A. A theory of negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 1, p. 29-96, 1972. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015. O autor explica que multiplicar o valor do custo de um acidente pela probabilidade da ocorrência desse acidente produz uma medida do benefício econômico que seria obtido caso se incorresse nos custos necessários à prevenção do acidente. Os custos da prevenção são os encargos resultantes das precauções adotadas para prevenir a ocorrência do acidente, consistentes nos custos da instalação de equipamento de segurança, nos custos para tornar o exercício da atividade mais seguro ou nos benefícios renunciados na redução ou na cessação da atividade, a depender do valor de tais custos no caso em concreto. Posner ainda acrescenta à fórmula do juiz Hand a necessária consideração da conduta da vítima. Aduz que, quando a vítima puder evitar o acidente incorrendo em custo inferior ao custo de prevenção do acidente, é antieconômico adotar uma regra de responsabilidade que atribui ao ofensor os encargos da prevenção do acidente.

²⁷⁵ POSNER, Richard A. A theory of negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 1, p. 29-96, 1972. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015. Em contrapartida, argumenta que a escassez dos recursos e a almejada eficiência na alocação de tais recursos justificam que não se condene o acusado por não ter adotado medidas de prevenção ao acidente que excederiam os custos resultantes do acidente.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, Local, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980. Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hlhf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015. e EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. **2 Journal of Legal Studies**, p. 151-204, 1973. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3091&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015. Posner rebate as principais críticas à teoria econômica da responsabilidade civil em: POSNER, Richard A.; LANDES, William M. The Positive Economic Theory of Tort Law. **Georgia Law Review**, v. 15, p.

aspecto ético ou legal, mormente se considerado que, em última instância, legitima o locupletamento daqueles que preferem beneficiar-se à custa das vítimas a investir os recursos necessários à prevenção dos acidentes.

Nesse contexto, é pertinente o argumento de Guido Calabresi, juiz federal da Corte de Apelações do 2º Circuito dos Estados Unidos e um dos mais proeminentes representantes da Escola de Yale na análise econômica do Direito, sustentando que a redução dos custos não pode ser o único propósito na definição da responsabilidade civil. Calabresi afirma que, antes de qualquer coisa, um sistema legal deve ser justo ou equitativo, e enfatiza:

Nenhum sistema legal de regulamentação de acidentes pode operar se não atentar para quais atos são considerados bons, quais são considerados perversos e quais são considerados neutros. Qualquer sistema legal de responsabilidade civil que encoraje atos perversos parecerá injusto para os críticos e para a comunidade, ainda que economicamente seja muito eficiente.²⁷⁷

Igualmente, a teoria econômica da negligência de Posner também é falha em razão da dificuldade em incorporar as questões distributivas na ponderação dos custos e dos benefícios. Nesse particular, Calabresi, em clássico artigo, escrito com a colaboração de Douglas Melamed, observa: “O Estado não deve decidir apenas quem são os titulares de direitos, mas deve também decidir de que maneira protegerá os titulares e [...] quando um indivíduo é autorizado a vender ou trocar tais direitos”.²⁷⁸

Deveras, de acordo com Calabresi, a definição de direitos como uma maneira de garantir a eficiência na alocação de recursos somente será desejável se for consistente com os objetivos distributivos socialmente prevalecentes.²⁷⁹ Assim, tem-se que a análise do custo-benefício como procedimento de definição de institutos jurídicos, como a responsabilidade civil por acidentes, produz resultados desejáveis sob o ponto de vista da eficiência na alocação de recursos, mas é incompatível com outros objetivos dos sistemas legais igualmente ou mais importantes que a

851-924, 1980. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2548&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁷⁷ CALABRESI, Guido. **The costs of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 24 e 294.

²⁷⁸ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, p.1089-1128, 1972. p. 1092.

²⁷⁹ CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, p.1089-1128, 1972. p. 1092.

eficiência. Destarte, a ponderação dos custos e dos benefícios não pode ser o único critério de orientação na elaboração dos sistemas legais.

Nesse tocante, é perspicaz a conclusão de Calabresi, para quem o Direito não pode ser criado com base em uma relação de superveniência à economia. As vantagens da teoria econômica devem ser utilizadas na definição dos institutos jurídicos em conjunto com as evidências empíricas sobre o que a humanidade deseja e precisa de um sistema legal. O futuro da análise econômica do Direito depende dessa relação de reciprocidade para que, juntos, teoria e prática tornem-se mais bem capacitadas para servir às aspirações e às necessidades humanas.²⁸⁰

Joseph Stiglitz critica as fundações da análise econômica do Direito propostas pela Escola de Chicago, a qual tem em Posner o seu maior expoente, enfatizando que a perspectiva desta Escola é falha no que concerne aos objetivos do Direito. Afirma que não existe um único melhor sistema legal e que o propósito do Direito não se restringe a assegurar a eficiência, pois os sistemas legais também devem possibilitar resultados socialmente desejáveis e a promoção de valores diversos, a exemplo da justiça social. Deveras, as sociedades preocupam-se com os resultados e também com os processos pelos quais os resultados são alcançáveis.²⁸¹

Da mesma maneira e pelos mesmos motivos, a ponderação dos custos e dos benefícios não pode servir de critério exclusivo de interpretação dos estatutos legais, conforme se deduz da decisão judicial de Richard Posner em *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 44 F.3d 538 (1995), fundamentada na interpretação econômica de dispositivos legais do *Americans with Disabilities Act*. No caso, a decisão da Corte de Apelações do 7º Circuito, conduzida pelo voto do juiz federal Richard Posner, indeferiu os pedidos de *Vande Zande*, servidora pública paraplégica, para que o empregador, o Estado de Wisconsin, providenciasse

²⁸⁰ CALABRESI, Guido. **The future of Law & Economics**: Essays in Reform and Recollection. New Haven: Yale University Press, 2016. O autor divide a análise econômica do Direito em seguidores de Jeremy Bentham e de John Stuart Mill. Argumenta que os benthamianos defendem uma relação de superveniência dos sistemas legais para com as teorias econômicas. Quando o sistema for incongruente com essas teorias, o sistema é irracional e deve ser descartado. De outra forma, os seguidores de Mill igualmente partem das teorias econômicas para definição dos sistemas legais. No entanto, quando teoria e prática são incongruentes, em vez de descartarem o sistema legal incompatível com a teoria econômica, examinam as inadequações das teorias para torná-las mais flexíveis e adaptáveis aos sistemas legais. A seguir, analisam se a teoria modificada pode explicar o mundo legal e, assim sendo, utilizam essa teoria mais complexa para analisar as áreas do Direito que levaram à ampliação da teoria econômica.

²⁸¹ STIGLITZ, Joseph E. The Economics Behind Law in a Market Economy: Alternatives to the Neoliberal Orthodoxy. In: STIGLITZ, Joseph E.; KENNEDY, David. (Orgs.). **Law and Economics with Chinese Characteristics**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 153-186.

“acomodações razoáveis” para adaptar o ambiente de trabalho à deficiência da autora, bem como autorizasse o teletrabalho. O empregador havia indeferido os pleitos da servidora ao fundamento de que representavam “encargos desproporcionais”, termos esses previstos na lei de proteção das pessoas com deficiências físicas e mentais.

A decisão judicial invoca a aplicação analógica da fórmula de *Learned Hand* na interpretação do termo “acomodações razoáveis” do dispositivo legal e na consideração dos custos necessários à alteração do ambiente para viabilizar o trabalho de uma pessoa incapacitada. Posner ponderou que, se o objetivo do estatuto legal é salvar os custos resultantes da não produtividade dos portadores de deficiências, as economias serão apenas ilusórias se os empregadores forem obrigados a despender muito mais recursos em acomodações que de fato economizarem com a produtividade dos empregados deficientes.²⁸² No caso, a autora pleiteava o rebaixamento da pia da cozinha destinada às refeições dos empregados e também que pudesse trabalhar em casa (teletrabalho). O primeiro pedido foi indeferido em razão de que o empregador já havia adaptado a pia do banheiro do prédio no qual a autora trabalhava, de modo que a autora poderia fazer suas refeições no banheiro.

Na espécie, a ponderação dos custos produz resultados economicamente desejáveis, sob a perspectiva da alocação de recursos nas definições das obrigações legais. Contudo, fatores associados à discriminação e ao estigma a que estão sujeitas as pessoas portadoras de deficiência dificilmente podem ser incorporados à avaliação dos custos econômicos.

Nesse contexto, Sunstein é cético sobre a análise do custo-benefício praticada pelo Judiciário na fundamentação das decisões, afirmando que, a exemplo da decisão de Posner em *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, a exclusão de aspectos dificilmente precificáveis na ponderação dos custos e dos benefícios – no

²⁸² Esta passagem do voto de Posner é emblemática: “Os custos não podem ser desproporcionais aos benefícios. Mesmo quando o empregador é tão grande ou rico – ou, como neste caso, é o Estado, o qual pode tributar para levantar os recursos para financiar qualquer acomodação que tenha que fazer para empregados incapacitados – que não possa invocar “encargos desproporcionais”, não seria exigível que despendesse enormes quantias na obtenção de melhorias triviais para a vida de um empregado deficiente. Se os empregadores da nação possuem obrigações financeiras ilimitadas para com os 43 milhões de pessoas incapacitadas, o Americans with Disabilities Act impõe um tributo indireto potencialmente mais elevado do que o débito da nação”. Disponível em: <<http://openjurist.org/44/f3d/538/vande-zande-v-state-of-wisconsin-department-of-administration-r>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

caso a humilhação à qual os deficientes estão diariamente expostos devido à estigmatização e à exclusão – resulta em uma decisão injusta.²⁸³

Ademais, considerando que as avaliações na análise do custo-benefício são construídas a partir das preferências individuais, a aplicação à risca do procedimento em *Vande Zande* demandaria que os juízes soubessem qual o valor monetário que empregados portadores de deficiências estariam dispostos a pagar pelas acomodações no ambiente em que trabalham, ou quanto estariam dispostos a aceitar para que não fossem construídas tais acomodações. No entanto, o valor que as pessoas incapacitadas estão dispostas a pagar para evitar os problemas relacionados às suas incapacidades jamais será suficiente para expressar os efeitos do estigma e da humilhação no seu bem-estar.²⁸⁴

Outrossim, diferentemente do procedimento aplicado na tomada de decisões administrativas e legislativas, os juízes não dispõem de uma metodologia para calcularem e avaliarem os custos e os benefícios envolvidos na interpretação dos dispositivos legais. Assim sendo, a análise do custo-benefício nas decisões judiciais perde todos os atrativos que a justificam como procedimento de decisão legislativa ou administrativa, pois inevitavelmente será realizada de modo subjetivo e fundamentada nas intuições, nos palpites e nos pressentimentos dos juízes. De fato, sem evidências, mesmo os juízes mais simpáticos à análise do custo-benefício e ao empiricismo na fundamentação das decisões judiciais estão propensos a recorrerem e a confiarem em intuições no procedimento de avaliação dos custos e dos benefícios envolvidos.²⁸⁵

Contudo, as limitações da análise do custo-benefício na fundamentação de institutos dos sistemas legais ou da interpretação judicial dos dispositivos legais não impedem o controle jurisdicional do procedimento da análise do custo-benefício

²⁸³ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. University of Chicago. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 149, 2007. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. University of Chicago. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 149, 2007. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 15 dez. 2015.

²⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. University of Chicago. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 149, 2007. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 15 dez. 2015.

realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo para justificar a atuação estatal, mormente na execução das políticas públicas.

3.2 PODER JUDICIÁRIO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle jurisdicional das políticas públicas é questão central ao desenvolvimento, ao aperfeiçoamento e à consolidação da análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas administrativas e legislativas que em última instância importam na implementação das políticas públicas. Nesse contexto, convém, ainda que de maneira muito sucinta, conceituar políticas públicas como instrumentos de que se valem os Poderes Executivo e Legislativo para o cumprimento dos objetivos, das finalidades e dos valores traçados na Constituição Federal. A definição de políticas públicas por Juarez Freitas é oportuna para uma melhor compreensão:

(i) programas de Estado Constitucional, (ii) enunciados e implementados por vários atores políticos e (iii) prioridades constitucionais cogentes. Em outros termos, são programas explicitados e implementados sob o influxo da vinculação obrigatória com as prioridades estabelecidas diretamente pela Carta, cuja normatividade cumpre ao administrador, com eficiência e eficácia, positivar.²⁸⁶

Do mesmo modo, insta ressaltar a nítida relação de dependência e complementaridade entre políticas públicas e políticas regulatórias. As políticas públicas são mais amplas, visam à satisfação do interesse geral, fundamentam a validade e limitam a discricionariedade do agente administrativo na formulação das políticas regulatórias, as quais, como instrumentos de implementação de uma política pública em um determinado setor, competem definir estratégias de ação e selecionar os instrumentos para dotar o Estado de eficiência.²⁸⁷

Além de complementares e interdependentes, as políticas públicas e regulatórias são prioridades constitucionais e, como tal, vinculam a atuação do

²⁸⁶ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

²⁸⁷ MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98. p. 87.

Poder Público.²⁸⁸ Os Poderes Legislativo e Executivo são responsáveis pela implementação dos programas constitucionais, enquanto compete ao Poder Judiciário revisar e controlar a atuação estatal, principalmente no que tange à eficiência do procedimento de execução selecionado e à avaliação das consequências estimadas ou produzidas, ainda que, no exercício desse mister, tenha que se valer da tutela específica e atuar como verdadeiro Estado-Juiz.

No contexto histórico, nas democracias tradicionais e nas novas democracias, o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição no século XX e a constitucionalização de uma ampla gama de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, bem como a instrumentalização legal da proteção desses direitos, ampliaram sobremaneira as possibilidades de interferência judicial nas funções executivas e legislativas.²⁸⁹ Acresça-se a esses fatores a crescente crise de legitimidade dos demais poderes e a cada vez mais agravada inabilidade dos gestores públicos para execução de políticas públicas satisfatórias para a consolidação de um protagonismo judicial na arena pública.²⁹⁰

Nessa perspectiva, a judicialização de questões políticas controvertidas muitas vezes resulta em um ativismo ou um protagonismo judicial caracterizado pela adoção de uma postura proativa ou expansiva do Judiciário nas questões referentes à implementação, à execução e aos resultados das políticas públicas. Não obstante, a postura judicial expansionista suscita consideráveis objeções ao controle jurisdicional das políticas públicas, entre as quais merecem destaque: a afronta à

²⁸⁸ O período pós Segunda Guerra, no mundo romano-germânico, é marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e do caráter vinculante e obrigatório de seus dispositivos. Na América Latina, o reconhecimento da supremacia da Constituição ocorreu na década de 1980, sendo que no Brasil a Constituição de 1988 ensejou a prevalência da doutrina e da jurisprudência que afirmavam a efetividade das normas constitucionais. Ver: BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, p. 13-56, jan./fev. 2010.

²⁸⁹ No Brasil, não é demasiado lembrar que a Constituição Federal de 1988, extensa e analítica, é pródiga na previsão de inúmeros direitos individuais e coletivos, bem como prevê diversos instrumentos à judicialização de questões que envolvem a prestação ou a violação de tais direitos por parte do Poder Público, a exemplo do Mandado de Segurança Coletivo, da Ação Popular, da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade Administrativa.

²⁹⁰ Maria Tereza Sadek afirma que a magistratura tem demonstrado preocupação com os impactos sociais, políticos e econômicos de suas decisões, fator que, associado ao desenho institucional e à multiplicidade de direitos constitucionalizados, propiciaram a consolidação do atual estado do protagonismo judicial na arena pública. Ressalta que a maioria das políticas públicas são consistentemente judicializadas, contestadas, exigíveis e questionadas em relação ao procedimento de execução. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 01-32. p.22-23.

separação entre as funções judicial, legislativa e executiva; o déficit contramajoritário; a limitação da capacidade técnica ou institucional do Judiciário para lidar com a escassez e a alocação de recursos públicos; os efeitos sistêmicos não desejáveis decorrentes das decisões judiciais.

No que concerne à potencial afronta ao princípio constitucional da separação de poderes²⁹¹, a objeção é enfraquecida quando contextualizada com a finalidade da competência do Poder Judiciário para controlar as omissões e os excessos cometidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, a qual é sintetizada com maestria nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello: “Impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”.²⁹²

Ademais, conforme o entendimento consagrado no STF, em situações excepcionais, mormente nos casos nem tão excepcionais de omissão estatal ou atuação insuficiente na implementação de políticas públicas previstas na Constituição, o Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem configurar uma contrariedade ao princípio constitucional da separação dos Poderes. Aliás, denota-se que o STF está progressivamente ampliando o espectro de situações em que entende legítima a implementação de políticas públicas pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, é emblemática, devido ao grau de especificidade de interferência judicial, a seguinte decisão que julgou procedente Ação Civil Pública para obrigar o Estado a prestar o serviço de plantão diário e ininterrupto em Delegacia de Polícia:

Anote-se, inicialmente, que este Supremo Tribunal assentou a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de determinado serviço público, cuja carência específica afete, diretamente, direitos constitucionais,

²⁹¹ Sobre as teorias que justificam o dogma da separação dos poderes, ver: MOELLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

²⁹² MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.05.00. “[...] Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e as garantias individuais, atribuiu-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.”

podendo tal definição judicial se dar “quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 4.5.2004), o que se dá na espécie vertente.

[...]

8. Observe-se, também, que “cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos polos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste, não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes” (RE 463.210, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 3.2.2006):

[...]

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido e dissente da consolidada jurisprudência a decisão agravada.

9. Pelo exposto, dou provimento a este agravo e, desde logo, ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, inc. II, alínea c, do Código de Processo Civil) para cassar o acórdão recorrido e, com base no princípio da celeridade processual e efetividade das decisões judiciais, restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição.²⁹³

De outra banda, o argumento do déficit contramajoritário – também denominado dificuldade contramajoritária – sustenta que, em razão de que os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, não possuem legitimidade democrática para interferirem na escolha dos demais Poderes referentes aos instrumentos de implementação dos objetivos constitucionais.

Nesse sentido, Alexander Bickel afirma que, ainda que se possa mitigar a dificuldade contramajoritária na tentativa de demonstração das imperfeições dos procedimentos legislativos na representação da vontade popular ou da vontade da maioria, nada pode alterar a realidade de que o controle jurisdicional dos demais

²⁹³ ARE 679616 A GR/RS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 679.616 RIO GRANDE DO SUL (fls. 324-335), Relatora a Ministra Rosa Weber, Segunda Turma, DJe 19.11.2013. Igualmente, as recentes decisões do STF demonstram a progressiva concessão da tutela específica: determinaram que Município oferecesse vagas em escolas para a garantia da educação infantil (ARE 639.337-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011), determinaram à Administração Pública que destacasse policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores (AI 810.410-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 8.8.2013), determinaram à Administração Pública que disponibilizasse abrigos para moradores de rua (RE 634.643-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 26.6.2012), determinaram ao Executivo que adotasse medidas específicas para a melhoria da prestação do serviço de saúde pública (RE 642.536-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.2.2013).

Poderes não está previsto na Constituição e é uma instituição desviada na democracia.²⁹⁴

Da mesma sorte, Ronald Dworkin, um defensor do controle judicial, afirma que uma questão difícil, controvertida e profunda de moralidade política que filósofos, estadistas e cidadãos debatem há muitos séculos é o fato de a população e seus representantes simplesmente terem que aceitar a vontade de uma maioria de juízes, cujos conhecimentos nas grandes questões julgadas não são espetacularmente especiais.²⁹⁵

A legitimidade democrática do Poder Judiciário para interferir nas funções legislativa e executiva é uma questão extremamente polêmica nos Estados Unidos, berço do reconhecimento e da consolidação da supremacia judicial na interpretação da Constituição no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*.²⁹⁶ Com efeito, a proposição constitucional tradicionalmente adotada pela Suprema Corte norte-americana é o cuidado em evitar a substituição da vontade do Legislador pelas suas crenças políticas, econômicas e sociais.²⁹⁷ Todavia, essa postura de contenção judicial nem sempre se refletiu nas decisões da Suprema Corte, a exemplo do período entre 1905 e 1937, conhecido como *Lochner Era*, em alusão ao julgamento do caso *Lochner v. New York*²⁹⁸, o primeiro de uma sucessão de decisões marcadas

²⁹⁴ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986. p. 16-17. No mesmo sentido, ver: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 74.

²⁹⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Este caso foi o primeiro em que a Suprema Corte reconheceu seu poder implícito (não previsto na Constituição) para controlar a constitucionalidade das leis, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Barroso refere que a argumentação na decisão não foi original, visto que já havia sido articulada na Antiguidade; no Direito norte-americano, no período colonial, a teoria já havia sido ventilada, com base no direito inglês, em cortes federais inferiores e estaduais. Ainda, Alexander Hamilton, no documento Federalista nº 78, em 1788, havia exposto analiticamente a tese. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, p. 13-56, jan./fev. 2010.

²⁹⁷ Nesse sentido, os seguintes julgados da Suprema Corte: *Ferguson v. Skrupa*, 372 U. S. 726, 730 (1963); *see DayBrite Lighting, Inc. v. Missouri*, 342 U. S. 421, 423 (1952), *Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc.*, 348 U. S. 483, 488 (1955).

²⁹⁸ No caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da Bakeshop Act, lei de Nova Iorque que criminalizava a exigência ou a permissão de jornada de trabalho de padeiros superior a 60 horas semanais ou a 10 horas diárias, alegando que violava a liberdade individual protegida pela 14ª Emenda Constitucional. O período posterior ao caso *Lochner* é marcado pela anulação judicial de leis federais e estaduais de cunho social progressista, ao fundamento de uma interpretação bastante ampla do princípio do devido processo legal para proteger a liberdade contratual e econômica, favorecendo a política

por um ativismo judicial conservador da maioria dos membros daquela Corte, que resultou na revogação de inúmeros estatutos legais de cunho social progressista que permitiam a maior intervenção estatal na ordem econômica e social.²⁹⁹

Igualmente, o período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, entre 1953 e 1969, é marcado por um ativismo judicial; todavia, diferentemente do que ocorria na *Lochner Era*, tal postura expansionista da Corte pautava-se na interpretação progressista do texto constitucional. Nesse interregno, a Suprema Corte consagrou importantes avanços dos direitos civis e individuais, como a dessegregação racial no caso *Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954)* e o direito do acusado a consultar com um advogado e a permanecer calado em *Miranda v. Arizona 384 U.S. 436 (1966)*.³⁰⁰

Atualmente, a composição da Suprema Corte é dividida entre membros que defendem uma posição ativista e os que pregam a autocontenção judicial, de modo que as decisões são em sua maior parte proferidas por escassa maioria.³⁰¹ Sunstein afirma que uma explicação plausível para a histórica divisão equilibrada da Suprema Corte seria o fato de que ambos partidos Democrata e Republicano apontam os

econômica do *laissez-faire*. Esta passagem do voto dissidente de Oliver Holmes proferido no caso ilustra a predominância do ativismo conservador da Corte na decisão: “Uma Constituição não é planejada para abraçar uma determinada teoria econômica, seja de paternalismo [...] ou de *laissez-faire*”. A *Lochner Era* finaliza com o confronto entre o Presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte e com o julgamento do caso *West Coast Hotel vs. Parrish 300 U.S. 379*, em 1937, no qual a Suprema Corte julgou constitucional uma lei estadual que estabelecia salário-mínimo para mulheres.

²⁹⁹ Outrossim, as decisões da Suprema Corte no período em que foi presidida por William Rehnquist, entre 1986 e 2005, também são marcadas pela ideologia política conservadora da maioria dos membros daquela Corte. Neste interregno, a Corte revogou leis que significavam importantes conquistas de cunho liberal, a exemplo das seguintes decisões: *United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000)*, revogando parte da Lei da violência contra a mulher, e *United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)*, decidindo que o Congresso não possui competência para legislar proibindo o porte de armas nas proximidades das escolas.

³⁰⁰ Barroso afirma que, embora associada ao ativismo judicial, a Corte Warren destacou-se “pela construção de uma democracia inclusiva, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não enumerados na Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, p. 13-56, jan./fev. 2010.

³⁰¹ A Suprema Corte é atualmente presidida por John Robert e é caracterizada por alguns doutrinadores como uma Corte neo *Lochneriana*: “Assim como na *Lochner Era* hoje a nova doutrina contrária à regulação é fundada nas ideias de que a liberdade individual possui uma dimensão econômica que a Constituição protege e de que os esforços governamentais para reduzir as desigualdades ou controlar o poder econômico são perniciosos e constitucionalmente suspeitos. Assim como nos casos judiciais antigos, os novos protegem o poder econômico como uma forma de liberdade, a qual amarra as mãos do governo e restringe as liberdades de muitas pessoas”. Cf. PURDY, J. Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy: A Journal of Ideas*, n. 23, 2012. Disponível em: <<http://democracyjournal.org/magazine/23/the-roberts-court-v-america/>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

membros que compõe a Corte. Não obstante, no interregno de 1981 a 2015, a composição da Suprema Corte foi dominada por membros apontados pelo partido Republicano, e mesmo nos períodos em que estes membros eram maioria absoluta, a percentagem de decisões 5 a 4 manteve-se elevada. Sunstein afirma que a tendência é a perpetuação de tal divisão equilibrada, porquanto em razão do sistema hierárquico legal a Suprema Corte julga as disputas que são mais propensas a resultarem nesta divisão.³⁰²

Em meio a tal cenário, em 2015, a Suprema Corte em *Obergefell v. Hodges*³⁰³, por 5 a 4, reconheceu o direito constitucional ao casamento para casais do mesmo sexo. Não obstante, os votos dissidentes foram enfáticos ao criticarem o ativismo judicial, conforme se denota a partir do voto proferido pelo *Chief Justice* John G. Roberts: “A aplicação agressiva da cláusula substantiva do devido processo interrompe brutalmente décadas de precedentes e faz com que a Corte retorne para a abordagem duvidosa de *Lochner*”. Da mesma maneira, o voto dissidente do *Associate Justice* Antonin Scalia é mais enfático ao proclamar a decisão da Corte como uma ameaça à democracia: “Um sistema de governo que subordina sua população a um comitê de nove advogados não eleitos pelo povo não merece ser chamado de democracia”.³⁰⁴

De outra banda, a dificuldade contramajoritária como limitação ao controle jurisdicional deve ser analisada à luz do princípio da separação dos poderes, o qual, por sua vez, legitima o papel do Judiciário como controlador do exercício das prerrogativas estatais dos agentes políticos eleitos. A ausência do sistema de eleições para a nomeação de membros do Judiciário condiz com as necessárias neutralidade política, tecnicidade e imparcialidade das decisões judiciais na concretização dos objetivos e dos valores definidos pelo constituinte e pelos legisladores democraticamente eleitos pelo povo.³⁰⁵ Ademais, a legitimidade

³⁰² SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015. p. 125.

³⁰³ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell v. Hodges**, 576 U.S. (2015).

³⁰⁴ A posição de Scalia é duramente criticada por Richard Posner, a quem o autor acusa de “jogar as minorias embaixo de um ônibus”. POSNER, Richard A. **Justice Scalia’s Majoritarian Theocracy**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/12/03/opinion/justice-scalias-majoritarian-theocracy.html?_r=0>. Acesso em: 25 jan. 2016.

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 24 out. 2015. Consoante o Ministro do STF, o argumento normativo da legitimidade democrática do Judiciário, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve considerar que juízes e tribunais não desempenham uma

democrática do Poder Judiciário é justificável na indispensável tutela dos direitos de grupos minoritários marginalizados, os quais são insuficientemente representados nos poderes Legislativo e Executivo, a exemplo das minorias étnicas, religiosas, raciais, sexuais e de gênero.³⁰⁶

Nesse sentido, em razão de o Poder Legislativo nos sistemas democráticos ser organizado com base no sistema eleitoral majoritário, os procedimentos legislativos tendem a promover a “tirania da maioria”³⁰⁷, em que uma maioria eleitoral obstaculiza o reconhecimento de direitos titularizados pelas minorias, resultando em uma opressão comparável aos regimes ditatoriais tiranos.

Nesse tópico, são pertinentes as lições sempre atuais de Geraldo Ataliba, que, em artigo publicado em 1987, referindo-se aos cassados, exilados, torturados e perseguidos pelo regime militar no Brasil, alertava o constituinte acerca da importância do Poder Judiciário na defesa dos direitos das minorias:

Na democracia governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com a maioria que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não tem força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. [...] Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o Direito, com a Constituição e as leis, com os princípios jurídicos encampados na Constituição e os por ela não repelidos.³⁰⁸

atividade puramente mecânica e, na definição de expressões vagas, fluidas e indeterminadas – como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva –, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito.

³⁰⁶ Nesse aspecto, é pertinente trazer à tona o argumento de Dworkin de que não se pode esperar que uma pessoa aceite como legítimas as decisões de uma maioria quando seus interesses não são levados a sério por outros membros da comunidade ou quando as instituições estabelecidas na sociedade tratam o gênero ao qual essa pessoa pertence com desprezo ou indiferença. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 25.

³⁰⁷ O termo *the tyranny of the majority* foi popularizado na obra de Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, publicada em dois volumes, o primeiro em 1835 e o outro em 1840. Em sentido contrário a esse argumento de legitimidade do controle jurisdicional, Jeremy Waldron sustenta que não se trata de uma tirania da maioria, mas de uma questão inerente aos regimes democráticos de desacordo da sociedade sobre os direitos constitucionais, a qual não pode ser tiranicamente resolvida pelo Judiciário. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

³⁰⁸ ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181799/000433557.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 dez. 2015. p. 190.

Nessa linha de argumentação, o STF legitima a intervenção judicial na consecução das políticas públicas quando necessária para a proteção dos direitos constitucionais de minorias. Deveras, é o que se conclui da análise de recentes julgados, a exemplo do reconhecimento judicial da união estável homoafetiva como entidade familiar³⁰⁹, do reconhecimento da repercussão geral a Recurso Extraordinário que discute a possibilidade de transexual utilizar banheiro feminino em *shopping center*³¹⁰ ou do reconhecimento do direito político-constitucional das minorias parlamentares ao instituto das comissões parlamentares de inquérito.³¹¹

De outra banda, a objeção referente à insuficiência de capacidade técnica ou institucional do Judiciário está relacionada à alegada inaptidão do Judiciário para lidar com a escassez e a alocação de recursos públicos. A crítica parte da premissa de que a proteção de quaisquer direitos fundamentais, positivos ou negativos³¹², não pode ser assegurada sem atentar à questão da escassez dos recursos públicos e do custo de implementação e proteção desses direitos. Outrossim, a objeção é pautada no argumento de que os efeitos sistêmicos da proteção judicial dos direitos constitucionalizados resultam na interferência e na alteração da ordem de prioridade

³⁰⁹ ADI 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 e ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001.

³¹⁰ “Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado”. (REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA, Plenário, Relator Ministro Roberto Barroso, DJU 13.11.2014).

³¹¹ “[...] o princípio da proteção das minorias legislativas, desenvolvido no direito germânico e consagrado pela primeira vez na Constituição de Weimar de 1919, igualmente adotado em Portugal, foi acolhido no direito brasileiro, assegurando a instauração das comissões parlamentares de inquérito como direito potestativo das minorias, quando preenchidos os requisitos exigidos, independentemente da vontade majoritária do Poder Legislativo. Há situações em que a aplicação pura e simples, no processo de decisão política, da regra da maioria resulta em injustiça na medida em que nega direitos titularizados por indivíduos ou minorias. Sem deixar de reconhecer a tensão, inerente à democracia constitucional, entre a regra da maioria e os direitos das minorias, mostra-se incompatível com o estatuto conferido pela Constituição aos grupos políticos minoritários, ao consagrar o pluralismo político como fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, V, da Constituição da República), a conduta que tem como resultado efetivo a negação de direitos por eles titularizados.” (MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 32.885 DISTRITO FEDERAL, Relatora Ministra Rosa Weber, DJU 28.04.2014). No mesmo sentido: MS 26.441, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 18.12.2009.

³¹² Os direitos negativos seriam os direitos de defesa, dirigidos a uma conduta omissiva do poder público e que objetivam à proteção de direitos subjetivos como a vida, a intimidade, as liberdades, etc. Os direitos positivos são os direitos sociais de cunho prestacional. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

na alocação de recursos para implementação de políticas públicas previamente fixadas pelos demais poderes.

Nesse particular, a abordagem articulada por Holmes e Sunstein sobre a fundamentação da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* é esclarecedora.³¹³ No caso, a Suprema Corte decidiu que a omissão estatal, ao deixar de impedir o abuso infantil cometido pelo pai de uma criança a quem o Estado havia concedido a custódia parental, não viola o direito constitucional individual à liberdade, porquanto o Estado não é obrigado a adotar ações afirmativas para a proteção de direitos contra atos de particulares.³¹⁴ Apesar de discordarem da fundamentação dessa decisão, Holmes e Sunstein enfatizam um aspecto mais pragmático, ignorado pela Suprema Corte, referente ao custo de implementação dos direitos constitucionais e à sujeição desses direitos a restrições orçamentárias.³¹⁵

Nesse sentido, Ingo Sarlet professa que todos os direitos fundamentais podem ser direitos positivos, visto que, para além dos direitos sociais de cunho prestacionais, também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem para sua realização ações positivas por parte do poder público. Essas medidas estatais demandam a alocação significativa de recursos financeiros e humanos para a proteção e a implementação dos direitos fundamentais.³¹⁶

Sob esse enfoque, a proteção dos direitos não depende da atuação exclusiva do Judiciário. Para remediar e impedir novas violações aos direitos, as Cortes

³¹³ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989). HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 88.

³¹⁴ Conforme o voto proferido pelo *Chief Justice*, acolhido pela maioria (6 x 3) da Corte: “A linguagem da cláusula do devido processo legal não exige que o Estado proteja a vida, liberdade e propriedade dos cidadãos contra a violação de atores privados. A cláusula é redigida como uma limitação ao poder do Estado de agir, não como uma garantia a um determinado nível mínimo de segurança e seguridade. A cláusula proíbe o Estado de privar a vida, liberdade e propriedade dos indivíduos sem o devido processo legal, mas não pode ser razoavelmente estendida para imposição de obrigações afirmativas do Estado para assegurar que esses interesses não sejam violados por outros meios.” Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/189/case.html>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

³¹⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 88. No que se refere à crítica à decisão da Suprema Corte, argumentam que a Constituição não foi projetada para autorizar o governo a lavar as mãos diante das violações aos direitos constitucionalmente assegurados, ainda que perpetradas entre particulares, tampouco é esse o papel do Poder Judiciário.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 293.

precisam contar com a colaboração dos demais Poderes, os quais, por seu turno, operam com orçamentos limitados. Holmes e Sunstein sustentam que, no contexto dos direitos sociais, o problema torna-se mais evidente, pois a escassez dos recursos públicos resulta em situações deploráveis e inevitáveis, as quais o Estado pouco ou nada poderá fazer para evitar. Destarte, levar os direitos a sério exige considerar também a escassez dos recursos, problema esse de difícil visualização no julgamento de situações isoladamente consideradas e avaliadas.³¹⁷

Da mesma sorte, Richard Posner afirma que os direitos constitucionais estão em grande parte condicionados à ponderação dos custos e dos benefícios e que a análise do custo-benefício é inevitável quando a questão for a quantificação dos recursos a serem investidos na implementação dos direitos constitucionais.³¹⁸

De fato, a concepção de direitos invioláveis, peremptórios e conclusivos é enfraquecida quando confrontada com o custo da implementação dos direitos fundamentais. Para Ingo Sarlet, o fator custo não impede a efetivação dos direitos subjetivos de conteúdo negativo pela via jurisdicional. Contudo, quanto aos direitos sociais a prestações, Sarlet alerta para o fato de que a limitação dos recursos pode constituir um limite fático à efetivação desses direitos, referindo-se ao que se denominou “reserva do possível”, a qual abrange tanto a possibilidade como o poder de disposição por parte do destinatário da norma.³¹⁹

Nesse sentido, Holmes e Sunstein argumentam que a proteção unilateral e judicial de qualquer direito demanda a prévia consideração das consequências orçamentárias, pelas quais são responsabilizáveis o legislador e o administrador público. Aduzem que as decisões judiciais seriam mais transparentes e mais bem fundamentadas se reconhecessem que os custos de implementação dos direitos constitucionais condicionam a extensão, a intensidade e a consistência desses direitos, e a teoria legal seria mais realista se tratasse abertamente da competição

³¹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 94.

³¹⁸ POSNER, Richard A. **Cost-Benefit Analysis**: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S2, p. 1153-1177, 2000. p. 1174.

³¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 295.

entre os recursos escassos, a qual inevitavelmente atinge a implementação de diversos direitos e valores sociais.³²⁰

No que tange ao controle jurisdicional das questões que envolvem a análise do custo-benefício como procedimento de avaliação e justificação das legislações e regulações, um dos mais significativos fatores de limitação da atuação do Poder Judiciário é a ausência do conhecimento técnico específico acerca das complexas questões que envolvem esse procedimento. Nesse contexto, Sunstein pondera que a legitimidade da intervenção judicial depende da análise dos custos inerentes à judicialização e dos custos dos erros a que estão sujeitos em incorrerem os juízes. De fato, não pode ser descartada a hipótese de que os benefícios do controle jurisdicional das políticas públicas não justifiquem os seus custos.

É inquestionável que a judicialização das políticas públicas incrementam os custos das decisões públicas, pois, para além dos custos inerentes ao processo judicial, demanda uma onerosa força de trabalho adicional à preparação para a litigação. Ademais, devido à limitação do conhecimento e de informações do Judiciário, não se pode estimar quando as decisões judiciais seriam proveitosas ou prejudiciais, de modo que se faz necessário atentar para os custos de eventuais equívocos dos juízes ao julgarem as complexas questões que envolvem a avaliação dos impactos das decisões públicas.³²¹

A contrario sensu, o controle jurisdicional é fundamental para garantir que as agências reguladoras atuem em conformidade com as finalidades e as diretrizes legais pelas quais foram criadas e estão autorizadas a atuar. Ademais, é importante para assegurar que o legislador observe a ordem de prioridade na consecução das políticas públicas, destine os recursos públicos às políticas públicas mais eficientes e possa ser responsabilizado quando assim não o fizer.

Nesse sentido, Adler e Eric Posner sustentam que, apesar das limitações referentes à insuficiência de informações e *expertise*, o controle judicial da análise do custo-benefício é desejável. Afirmam que, no mínimo, a judicialização dessas

³²⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 97-98.

³²¹ SUNSTEIN, Cass R. Financial regulation and cost-benefit analysis. **Yale Law Journal**, v. 124, n. 263, p. 270-275, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/financial-regulation-and-cost-benefit-analysis>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Sob esse prisma, argumenta-se que os juízes carecem de capacidade técnica suficiente para substituírem suas próprias avaliações ou imporem seus próprios requisitos sobre as avaliações construídas pelos demais Poderes.

questões é importante para corrigir eventuais falhas de interpretação das evidências produzidas no procedimento da análise do custo-benefício, controlar inconsistências nos pressupostos assumidos e superar a ameaçadora possibilidade de regulações e legislações aprovadas ou por conveniência política, ou para satisfazer e favorecer o interesse de grupos economicamente majoritários.³²²

Da mesma maneira, Sunstein argumenta que o controle jurisdicional restringe a possibilidade de equívocos no procedimento de avaliação dos impactos das regulações e das legislações, criando uma correção *ex post* e um impedimento *ex ante* à elaboração de políticas públicas de má qualidade.³²³ Assim, compete ao Poder Judiciário exigir que as regulações e as legislações sejam pautadas por avaliações consistentes, as quais utilizem valores padronizados para fatores em comum nas mais variadas áreas, a exemplo do valor estatístico da vida e da taxa de desconto dos benefícios e dos custos futuros, a evitar que sejam oportunamente escolhidos a depender do objetivo da política pública e dos motivos subjetivos do agente político.

Do exposto, tem-se que as limitações do controle jurisdicional abordadas interferem na judicialização do procedimento de avaliação dos impactos das legislações e regulações, porquanto, neste mister, é exigível ao Judiciário legitimidade democrática para decidir onde e de que modo investir os recursos públicos, bem como conhecimentos relativos a questões técnicas específicas, aos limites orçamentários e aos custos de implementação e proteção dos direitos fundamentais.

Destarte, delineadas as principais limitações ao controle jurisdicional das políticas públicas, pretende-se demonstrar que a extensão e os efeitos dessas limitações influenciam sobremaneira a formação do entendimento jurisprudencial sobre a análise do custo-benefício como procedimento de decisão pública, a exemplo do que ocorre na *common law* federal desenvolvida nos Estados Unidos sobre a temática, bem como são determinantes à formação da jurisprudência brasileira no que se refere à avaliação dos impactos das decisões administrativas e legislativas.

³²² ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 113.

³²³ SUNSTEIN, Cass R. Financial regulation and cost-benefit analysis. **Yale Law Journal**, v. 124, n. 263, p. 270-275, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/financial-regulation-and-cost-benefit-analysis>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA SOBRE A ANÁLISE DO CUSTO-BENEFÍCIO

Nos Estados Unidos, desde a Ordem Executiva 12.291 de 1981, as agências federais são obrigadas a realizar a análise do custo-benefício nas regulações de efeitos substanciais. Nesse período de mais de 35 anos, diversas questões cruciais à padronização das regras do procedimento de avaliação dos impactos das regulações foram judicializadas perante as Cortes Federais e a Suprema Corte, de sorte que a jurisprudência norte-americana tem inquestionavelmente contribuído para a moldura e o aprimoramento do procedimento da análise do custo-benefício.

O estudo da *common law* federal sobre a análise do custo-benefício requer partir da premissa de que é inerente à atividade regulatória a interpretação dos estatutos legais que legitimam a regulação, o que, por sua vez, exige específico conhecimento técnico e a habilidade do agente administrativo para fazer um julgamento político racional na interpretação desses estatutos legais. Devido a esse fator técnico próprio da competência das agências executivas, o Poder Judiciário norte-americano tradicionalmente concede ampla margem de discricionariedade aos agentes administrativos na interpretação dos estatutos legais.

No que tange à discricionariedade administrativa na atividade regulatória, a Suprema Corte encampa a doutrina da deferência ao administrador na interpretação das lacunas e das ambiguidades implicitamente deixadas pelo Congresso nos estatutos legais. Essa doutrina foi delineada no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council* em 1984, uma das decisões da Suprema Corte mais influentes e citadas nos últimos 50 anos, a qual consagra o entendimento de que, quando a interpretação do estatuto legal realizada pela agência for razoável, não compete ao Judiciário substituí-la por sua própria interpretação.³²⁴

No caso *Chevron*, a Suprema Corte manteve uma regulação promulgada pela EPA, a qual alterava a interpretação de um dispositivo do *Clean Air Act* da administração anterior. A decisão foi fundamentada no resultado da aplicação de um teste composto por duas fases: na primeira fase, utilizando-se das tradicionais ferramentas de construção da interpretação legal, a Suprema Corte definiu que o

³²⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.**, 467 U.S. 837 (1984).

estatuto legal não tratava explicitamente da questão em discussão e que havia uma lacuna ou uma ambiguidade a ser preenchida pelo administrador; na segunda fase, concluiu que a interpretação impugnada da ambiguidade legal era razoável.³²⁵

O atual impacto da doutrina *Chevron* é muito debatido, sendo que alguns estudos empíricos demonstram que o caso foi determinante para incrementar a percentagem das decisões judiciais que mantêm as decisões administrativas, enquanto outros estudos demonstram que a Suprema Corte continua a impor sua própria interpretação dos estatutos, sem ao menos referir-se ao caso *Chevron*.³²⁶

O certo é que caso *Chevron* é extremamente importante na *common law* norte-americana por escancarar a natureza interligada entre Direito e política, razão pela qual é invariavelmente trazido à tona quando se pretende garantir a autoridade das agências na definição das políticas públicas e, conseqüentemente, assegurar uma ampla margem de discricionariedade na interpretação dos estatutos legais.³²⁷

No tocante à judicialização do procedimento da análise do custo-benefício, conhecer a doutrina *Chevron* é fundamental para a compreensão da jurisprudência sobre o assunto, já que o reconhecimento judicial da validade desse procedimento de decisão está condicionado ao teste introduzido pela Suprema Corte no caso *Chevron*. Nem todos os estatutos legais autorizam expressamente a análise do custo-benefício e a atribuição dos valores padronizados que integram a equação, a exemplo do valor estatístico da vida, do valor social do carbono ou do percentual da taxa de desconto dos impactos futuros, de modo que a interpretação legal demanda um julgamento político e complexo dos fatores considerados na execução das políticas públicas.

Todas as decisões da Suprema Corte até então proferidas atinentes à análise do custo-benefício tratam da discricionariedade das agências para decidirem quando

³²⁵ Ver: BREYER, Stephen et al. **Administrative law and regulatory policy**: problems text, and cases. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

³²⁶ JORDÃO, Eduardo Ferreira; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. **Administrative Law Review**, v. 66, n. 1, p. 1-72, abr. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2419994>>. Acesso em: 15 dez. 2015. Sobre os impactos da doutrina *Chevron*, o voto do *Justice* Clarence Thomas na decisão da Suprema Corte no caso *Michigan v. Environmental Protection Agency 135 S. Ct. 2699 (2015)* sustenta que décadas de experiência sobre essa doutrina interromperam a ordem constitucional, conferindo às agências a impressão de que é seu trabalho legislar, sobre o pretexto da interpretação, e que os juízes impropriamente aquiesceram com essa transferência de poder.

³²⁷ JORDÃO, Eduardo Ferreira; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. **Administrative Law Review**, v. 66, n. 1, p. 1-72, abr. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2419994>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

considerar os custos de implementação das regulações voltadas à proteção da saúde pública e do meio ambiente.

No primeiro julgamento, *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001), a Suprema Corte validou uma regulação da EPA, a qual, cumprindo a determinação do *Clean Air Act*, fixava novos padrões nacionais de qualidade do ar necessários à proteção da saúde pública.³²⁸ Nesse caso, inúmeros grupos de empresas e diversos Estados impugnam judicialmente a regulação que definia padrões mais rígidos para emissão de poluentes na atmosfera, ao fundamento de que os elevados custos para a implementação dos novos *standards* não foram considerados pela agência.

Nesse cenário, o Circuito do Distrito de Columbia revogou a regulação, invocando a doutrina há tempos ignorada pela Suprema Corte da não delegação da discricionariedade ao agente administrativo.³²⁹ Não obstante, essa decisão foi cassada pela Suprema Corte, que, ao validar a regulação, endossou a delegação do poder discricionário à agência na definição dos novos padrões nacionais de qualidade do ar e concluiu que o *Clean Air Act* exige que a definição dos requisitos à proteção da saúde pública sejam definidos com “uma margem adequada de segurança”, a qual é implicitamente incompatível com a consideração dos custos de implementação.

A Suprema Corte enfatizou a implausibilidade da possibilidade de o Congresso delegar para a agência o poder de determinar quando os custos devem

³²⁸ O *Clean Air Act* determina que a Agência de Proteção Ambiental defina os standards nacionais de qualidade do ar (National Ambient Air Quality Standards – NAAQS) em níveis “necessários à proteção da saúde pública”. Ver *Clean Air Act* 42 U.S.C. § 7409(b)(1). A EPA foi criada pela Ordem Executiva emitida pelo Presidente Nixon em 1970, e sua função principal é a proteção ambiental, implementando e executando regulações ambientais. Desde 2009, a administradora chefe da agência é Gina McCarthy. Atualmente, a EPA possui mais de 16 mil empregados, e seu orçamento anual para 2016 é de 8,6 bilhões de dólares. Essa agência expede mais regulamentações do que qualquer outro departamento ou qualquer outra agência federal nos Estados Unidos. As maiores regulações dessa agência expedidas nos últimos anos geraram despesas superiores a 30 bilhões de dólares anuais e produziram benefícios na ordem de 112 bilhões a 638 bilhões de dólares.

³²⁹ *Am. Trucking Ass'ns v. EPA*, 175 F.3d 1027, 1033-34, 1038 (D.C. Cir. 1999). A Corte de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, mais conhecida por Circuito do Distrito de Columbia, é uma Corte federal diferenciada. O Congresso expressamente concedeu a ela a competência exclusiva para julgar as ações que envolvam o controle do processo regulatório das agências executivas e independentes. Há muitas explicações possíveis para esse tratamento diferenciado, entre as quais se destacam a localização geográfica e a preferência do Congresso por uma Corte com expertise em Direito Administrativo. Ver: FRASER, Eric M. et al. The jurisdiction of the D. C. Circuit. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, v. 23, p. 131-155, 2013. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Fraser-et-al-final-3.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ser considerados para abrandar os padrões de qualidade do ar, e que, dada a importância do fator custo em relação aos efeitos nas políticas de saúde pública, o Congresso teria expressamente o mencionado, caso tivesse a intenção de que fosse considerado.

A decisão *American Trucking* é fundamentada no cânone de construção *expressio unius est exclusio alterius*, uma das ferramentas do tradicional método de interpretação dos estatutos legais, segundo a qual a previsão expressa em alguns dispositivos do *Clean Air Act* da necessária incorporação dos custos implicitamente exclui a consideração dos custos nos dispositivos em que não há tal previsão expressa. Na época em que fora proferida, a decisão da Suprema Corte foi encarada como uma possível derrota à análise do custo-benefício, porquanto a decisão poderia ser interpretada para a necessária autorização expressa do estatuto legal para a consideração dos custos na concretização de seus dispositivos.

Em meio a tal cenário, Sunstein, de modo visionário, previu que de maneira alguma a decisão sugeria que estatutos legais vagos ou ambíguos não autorizam a incorporação dos custos nas avaliações dos impactos das regulações. Aduziu ser necessária muita cautela na aplicação do cânone da *expressio unius* e invocou o caso *Chevron* para concluir que, quando o Congresso não faz menção expressa aos custos, é porque não resolveu a questão de quando eles devem ser considerados, competindo às agências, no exercício de seu poder discricionário, decidirem quando isso deve ocorrer.³³⁰

Nos últimos seis anos, a Suprema Corte julgou outros três importantes casos sobre quando e em que extensão os custos das regulações nas áreas da saúde e do meio ambiente devem ser contabilizados. As decisões corroboram a assertiva de Sunstein.

Com efeito, as decisões nos casos *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U.S. 208, 222 (2009) e *EPA v. EME Homer City Generation, L.P.*, 134 S. Ct. 1584, 1607 (2014), embora não sejam contraditórias à decisão da Suprema Corte no caso *American Trucking Associations*, reconhecem que as agências possuem discricionariedade para decidirem sobre implementar ou não a análise do custo-

³³⁰ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 50.

benefício na regulamentação da saúde, da segurança e do meio ambiente, ainda que o estatuto legal não disponha expressamente assim.

No caso *Entergy Corp. v. Riverkeeper*, a Suprema Corte validou uma regulação da EPA, a qual interpreta o dispositivo legal do *Clean Water Act* que exige que a “melhor tecnologia disponível para minimização dos impactos ambientais” não impede a análise do custo-benefício na definição dos *standards* nacionais de resfriamento da água impostos às usinas termelétricas.³³¹

Diversos grupos de proteção ao meio ambiente impugnaram a regulação, sendo que a Corte de Apelações do 2º Circuito³³² acolheu o argumento dos autores no sentido de que era legalmente vedada a análise do custo-benefício e anulou a regulação. Não obstante, a Suprema Corte reverteu a decisão proferida pela Corte de Apelações e referendou o entendimento da agência de que a aplicação da tecnologia qualificada como a melhor disponível não é exigível quando os custos de implementação são significativamente mais elevados que os benefícios. O voto condutor da decisão da Suprema Corte, proferido pelo *Justice* Scalia, elucida a questão nesta passagem:

A “melhor” tecnologia – a qual é a “mais vantajosa” (de acordo com o Dicionário Webster) – também pode ser aquela que produz mais de algum bem, no caso a redução do impacto ambiental. Mas “melhor tecnologia” também pode descrever a tecnologia que produz de forma mais eficiente algum bem. Na linguagem comum alguém poderia certamente usar o termo “melhor tecnologia” para se referir àquela que produz um bem ao menor custo por unidade, ainda que produza menor quantidade desse bem do que outras tecnologias disponíveis.³³³

Da mesma maneira, no caso *EPA v. EME Homer City Generation*³³⁴, a Suprema Corte validou a regulação de implementação da provisão de boa

³³¹ A regulação interpreta o *Clean Water Act*: 33 U. S. C. §1326(b). A decisão da Suprema Corte foi conduzida pelo voto proferido pelo *Justice* Scalia, acompanhado pelo *Chief Justice* Roberts e pelos *Justices* Kennedy, Thomas, e Alito. O *Justice* Breyer proferiu um voto acompanhando em parte a maioria e discordando em outra parte. O *Justice* Stevens proferiu voto dissidente, seguido pelos *Justices* David Souter (aposentado em junho de 2009) e Ginsburg.

³³² *Riverkeeper, Inc. v. EPA*, 475 F. 3d 83, 99-100 (2007).

³³³ BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 24 out. 2015.

³³⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **EPA v. EME Homer City Generation**, L.P., 134 S. Ct. 1584, 1607 (2014). A decisão da Suprema Corte foi conduzida pelo voto proferido pela *Justice* Ginsburg, acompanhada pelos *Chief Justice* Roberts, Kennedy, Breyer, Sotomayor e Kagan. O *Justice* Scalia proferiu voto dissidente, seguido pelo *Justice* Thomas. O *Justice* Alito não participou dessa decisão.

vizinhança (*Good Neighbor Provision*) promulgada pela EPA que, ao interpretar o *Clean Air Act*, impõe a determinados Estados a redução da emissão de poluentes a fim de possibilitar que outros Estados atinjam os padrões mínimos de qualidade do ar.

A norma, denominada “Regra de Transporte”, regulamenta a difícil questão da emissão de poluentes pelos Estados e a ausência de limites fronteiriços da poluição produzida. Os poluentes emitidos por fábricas, termelétricas e tantas outras fontes de emissão situadas em Estados nos quais o vento sopra em direção ao lado oposto (barlavento) alcançam os Estados em que a poluição é gerada a favor do vento (sota-vento), os quais não recebem qualquer benefício econômico em compensação pela degradação da qualidade do ar, agravada pela produção industrial e pelo desenvolvimento de outros Estados.

A EPA analisou os custos de alocação na redução das emissões de poluentes em relação à responsabilidade pela poluição ambiental dos Estados, determinada pela direção do vento, e promulgou o Plano de Implementação Federal fixando novos padrões para emissão de poluentes. Algumas empresas e diversos Estados mais onerados pelos novos padrões impugnam judicialmente a regra de transporte.

A Corte de Apelações do Circuito de Columbia revogou a regulação e concluiu que a agência estava legalmente obrigada a considerar apenas a responsabilidade fisicamente proporcional de cada Estado barlavento por cada problema na qualidade do ar dos Estados sota-vento, a fim de que nenhum Estado fosse demandado a reduzir suas emissões acima do que é proporcionalmente responsável quanto à poluição dos demais Estados.³³⁵

A Suprema Corte cassou a decisão do Circuito do Distrito de Columbia enfatizando que a interpretação satisfatória ao provimento de boa vizinhança não requer uma construção que seja cega aos custos. Ainda concluiu que a regulação preenche apropriada e razoavelmente a lacuna deixada na provisão de boa vizinhança referente à especificação de como a responsabilidade pelo excesso de

³³⁵ *EME Homer City Generation, L.P. v. EPA*, 696 F.3d 7, 12 (D.C. Cir. 2012).

poluição nos Estados localizados a favor dos ventos deve ser alocada quanto à contribuição dos demais Estados.³³⁶

O voto condutor da decisão da Suprema Corte, proferido pela *Justice* Ruth Bader Ginsburg, especifica que o cálculo realizado pela EPA para alocar a responsabilidade de cada Estado representa uma solução custo-efetiva equitativa, visto que demanda um custo mais reduzido para todos e previne que alguns Estados beneficiem-se passivamente dos investimentos no controle à poluição antecipadamente alocados por outros Estados.

Ademais, a Suprema Corte afastou o precedente do *American Trucking*, enfatizando que, naquele caso, a disposição do *Clean Air Act* expressamente priorizava a proteção da saúde pública e oferecia um critério absoluto e exposto de interpretação legal na definição dos padrões nacionais da qualidade do ar. De outro lado, no caso *EPA v. EME Homer City Generation, L.P.*, não há nada no estatuto legal que determine a exclusão dos custos no preenchimento da lacuna legal.

Denota-se que, nos três precedentes citados, a Suprema Corte invocou a doutrina *Chevron* para validar a interpretação da EPA dos estatutos legais. No primeiro caso, decidiu que, diante da expressa previsão legal de priorização da saúde pública sobre qualquer outro fator, é vedada a consideração dos custos. Nos últimos dois casos, a Suprema Corte concluiu que, diante da omissão ou da ambiguidade do estatuto legal sobre a consideração dos custos para a regulação, a agência possui discricionariedade para decidir pela incorporação ou não dos custos.

No entanto, a doutrina da deferência à interpretação legal do agente administrativo ganhou novos contornos e foi ligeiramente restringida na decisão da Suprema Corte no caso *Michigan v. Environmental Protection Agency 135 S. Ct. 2699 (2015)*. Consoante essa decisão, para ser razoável a interpretação dos dispositivos ambíguos dos estatutos legais, de acordo com os requisitos delimitados no caso *Chevron*, a regulação deve necessariamente considerar os custos de implementação.³³⁷

É o que se depreende do voto proferido pelo *Justice* Scalia, o qual foi acompanhado pela maioria dos *Justices*:

³³⁶ A decisão invoca a doutrina *Chevron* e a deferência ao administrador, segundo a qual a interpretação que as agências fazem dos estatutos legais ambíguos ou vagos é válida, a menos que seja arbitrária, inconstante ou manifestamente contrária à lei.

³³⁷ A decisão sugere a criação da presunção de que a regulação razoável em geral demanda alguma atenção aos custos.

As agências há muito tempo consideram o custo como um fator central e relevante para a decisão de quando regular. [...] A consideração do custo reflete o entendimento de que a regulação razoável ordinariamente requer que se preste atenção nas vantagens e desvantagens das decisões das agências.³³⁸

No mesmo sentido, os votos dissidentes ressaltam a necessária consideração dos custos, conforme se observa na passagem do voto da *Justice* Elena Kagan: “Uma agência deve contabilizar os custos de alguma forma antes de impor significativos encargos regulatórios”.

Outrossim, para além de acrescentar o fator custo ao teste de razoabilidade das regulações criado pela Suprema Corte na decisão do caso *Chevron*, a decisão no caso *Michigan v. Environmental Protection Agency* limita a discricionariedade das agências na interpretação dos estatutos legais no que concerne à análise do custo-benefício. A questão judicializada envolve a interpretação de dispositivo previsto no *Clean Air Act* determinando à EPA o prévio estudo das ameaças à saúde pública representadas pelas usinas elétricas e a conclusão de que é “apropriado e necessário” regulamentar a atividade das usinas.³³⁹

No contexto histórico, uma emenda ao *Clean Air Act* em 1990 criou, entre outros, o programa nacional para padronização da emissão de poluentes do ar³⁴⁰, autorizando a EPA a regulamentar a emissão de mais de 180 poluentes emitidos por fontes estacionárias, entre elas as usinas de energia elétrica. No que tange às usinas elétricas, este programa exige que primeiramente a agência analise a eficiência dos resultados da imposição de outros requisitos à emissão dos poluentes previstos em outros programas, para depois decidir se é apropriado e adequado definir novos padrões para a emissão de poluentes do ar.

Implementadas essas exigências do citado programa, em 2012, a EPA promulgou o *Mercury and Air Toxics Standards* (MATS), definindo diferentes padrões para a emissão de poluentes a depender do tipo de usina elétrica. Os novos padrões foram justificados no relatório da análise do impacto da regulação, apresentado em cumprimento as Ordens Executivas 12866 de 1993 e 13563 de

³³⁸ A decisão majoritária da Suprema Corte foi conduzida pelo voto do *Justice* Scalia, acompanhado pelo *Chief Justice* Roberts e pelos *Justices* Kennedy, Thomas e Alito. Os votos dissidentes foram conduzidos pela *Justice* Kagan e acompanhados pelos *Justices* Ginsburg, Breyer e Sotomayor.

³³⁹ 42 U. S. C. §7412. (n)(1)(A).

³⁴⁰ National Emissions Standards for Hazardous Air Pollutants (NESHAP). O programa foi criado por meio de uma emenda ao *Clean Air Act* em 1990 e está previsto no 42 U. S. C. §7412.

2011. Nesse relatório, a agência estima o custo de implementação dos novos padrões em 9 bilhões e 600 milhões de dólares por ano e calcula os benefícios diretamente decorrentes da redução da emissão dos poluentes entre 4 e 6 milhões de dólares por ano. Para que os benefícios justifiquem os custos incorpora à análise do custo-benefício os benefícios indiretos da regulação, os quais, somados aos benefícios diretos, resultam em benefícios quantificados de 37 a 90 bilhões de dólares por ano.

Não obstante, 23 Estados e inúmeras usinas termelétricas, as mais oneradas pelos novos padrões, impugnam judicialmente os resultados da análise do custo-benefício apresentando, entre outros argumentos, que não haviam sido considerados os custos na fase embrionária do processo de regulação, quando decidido que era “apropriado e necessário” regulamentar a emissão dos poluentes pelas usinas elétricas.³⁴¹ O Circuito do Distrito de Columbia validou a regulação, concluindo ser razoável a interpretação do dispositivo legal que exclui a consideração dos custos para a tomada de decisão de regulamentar.³⁴²

Na sequência, a Suprema Corte cassou a decisão do Circuito do Distrito de Columbia, decidindo que a interpretação razoável do termo “apropriada e necessária” demanda no mínimo atenção aos custos de implementação na decisão pela regulamentação. A decisão da Suprema Corte, no voto proferido pelo *Justice* Scalia, pondera:

Ninguém diria que é racional, quanto mais apropriado, impor bilhões de dólares em custos econômicos em retorno de uns poucos dólares em benefícios para a saúde ou o meio ambiente. [...] Nenhuma regulação é apropriada se produz significativamente mais prejuízos do que benefícios.

No entanto, a Suprema Corte limitou-se a devolver o processo para o Circuito do Distrito de Columbia para que julgasse em observância ao entendimento de que os custos devem ser considerados em todos os estágios do processo regulatório.

³⁴¹ Em 2012, a EPA editou uma resolução ordenando às usinas elétricas a carvão adotarem uma tecnologia para a redução do mercúrio, metal pesado que se acumula nas fontes de água e no peixe que integra a cadeia alimentar da população. As empresas então processaram a EPA pelo mesmo motivo de sempre, há décadas: limpar a poluição custa caro. A decisão no caso inclui o julgamento dos processos: *Michigan v. Environmental Protection Agency*, No. 14-46; *Utility Air Regulatory Group v. Environmental Protection Agency*, n. 14-47; e *National Mining Association v. Environmental Protection Agency*, n. 14-49.

³⁴² *White Stallion Energy Ctr., LLC v. EPA*, 748 F.3d 1222, 1233 (D.C. Cir. 2014).

Destarte, a Corte de Apelações tem no mínimo duas opções: anular a regulação ou determinar que a agência retifique o processo da regulação e incorpore a análise do custo-benefício ao estágio inicial, mantendo a validade dos padrões para emissão dos poluentes no ar pelas usinas elétricas. De toda forma e em qualquer das hipóteses, os efeitos da decisão da Suprema Corte são minimizados por não impedirem que a resolução eventualmente produza os efeitos esperados.³⁴³

Outrossim, a decisão da Suprema Corte deixou em aberto a possibilidade de incorporar a monetização dos benefícios indiretos à análise do custo-benefício. No entanto, não proibiu a consideração de tais benefícios na análise do custo-benefício, mantendo a equação realizada pela agência e fazendo com que os Estados e as usinas elétricas, inevitavelmente, em um futuro próximo, tenham que se adaptar aos novos padrões de qualidade do ar exigíveis na regulação.

De outra banda, a decisão representa a criação de um significativo obstáculo à regulamentação voltada à proteção da saúde pública e do meio ambiente. Nesse sentido, a exigência judicial da consideração dos custos em cada estágio do processo regulatório pode ter o efeito deletério indesejável de paralisar uma atuação estatal mais combativa na definição de regras mais rígidas à efetiva proteção da saúde e do meio ambiente.

Numa perspectiva mais otimista, Sunstein entende que a decisão da Suprema Corte no caso *Michigan v. Environmental Protection Agency* representa a consolidação de uma longa jornada percorrida pelos Estados Unidos na transformação para um Estado do custo-benefício. Aduz que a decisão torna obrigatória a demonstração de que os benefícios justificam os custos de quaisquer regulações, restringindo a discricionariedade das agências nesse particular. Pondera que decisão vincula até mesmo as agências independentes, não abrangidas pelas Ordens Executivas 12866 de 1993 e 13563 de 2011, para as quais também passa a ser mandatória a análise do custo-benefício na justificação das regulações.³⁴⁴

³⁴³ HOEFNER, Dietrich. MATS Is Dead, Long Live MATS – The Michigan v. EPA Decision on Mercury and Air Toxics Standards. **The National Law Review**, 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.natlawreview.com/article/mats-dead-long-live-mats-michigan-v-epa-decision-mercury-and-air-toxics-standards>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³⁴⁴ São exemplos de agências independentes: Federal Trade Commission; Federal Communications Commission; Commodity Futures Trading Commission; Federal Reserve. SUNSTEIN, Cass R. **Thanks, Justice Scalia, for the Cost-Benefit State**. 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-07-07/thanks-justice-scalia-for-the-cost-benefit-state>>. Acesso em 18 de jan de 2016.

Realmente, deduz-se da emergente jurisprudência da Suprema Corte que as agências não mais possuem discricionariedade para decidirem quando as regulações devem ser precedidas da análise do custo-benefício, a qual, para além de ser mandatória para todas as agências federais, passou a ser exigível em todas as etapas do processo regulatório.

De outro lado, se a jurisprudência da Suprema Corte ainda não tratou das especificidades do procedimento da análise do custo-benefício, há inúmeras decisões das Cortes Federais julgando a própria metodologia adotada no procedimento. Note-se que, ainda assim, a *common law* das Cortes Federais segue a doutrina da deferência ao administrador, tanto é que, em nenhum dos julgados a seguir analisados, as Cortes executaram sua própria análise do custo-benefício para avaliar ou substituir os resultados da avaliação obtidos pelas agências executivas.

A decisão em *Corrosion Proof Fittings v EPA* 947 F2d 1201 (1991) da Corte de Apelações do 5º Circuito está fundamentada na análise de aspectos técnicos do procedimento da análise do custo-benefício. No caso, a Corte reconhece que o *Toxic Substance Control Act* implicitamente autoriza a EPA a realizar a análise do custo-benefício na regulamentação de substâncias tóxicas. Não obstante, anulou a regulação que proibia o uso do asbesto, uma substância sabidamente cancerígena, ao fundamento de que o procedimento de avaliação executado foi inadequado.

A Corte de Apelações entendeu que havia severas deficiências do procedimento de avaliação realizado pela EPA, destacando: descontou apenas os custos futuros da regulação; limitou o cálculo dos custos e dos benefícios ao exíguo período de 13 anos; atribuiu um valor irrazoavelmente elevado para cada vida salva (43 a 76 milhões de dólares por cada vida) em comparação com as avaliações utilizadas em outras regulações; contou os mesmos fatores em duplicidade ao considerá-los na análise do custo-benefício e utilizá-los como motivações em separado para aprovação da regulação; recusou repetir o procedimento com a utilização de informações mais precisas fornecidas pelas indústrias atingidas; e, principalmente, falhou na análise do risco das substâncias substitutivas ao asbesto.³⁴⁵

³⁴⁵ POSNER, Eric A. Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective. **University of Chicago Law Review**, v. 68, p. 1-51, 2001. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/119.EP_.ControllingAgencies.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2015.

Sunstein afirma que *Corrosion Proof Fittings v EPA* é o marco mais elaborado para datar a emergente *common law* federal sobre análise do custo-benefício, porquanto representa a aplicação excepcionalmente agressiva do princípio interpretativo em favor da análise do custo-benefício, de uma maneira que não apenas determina tal ponderação, mas também demanda a demonstração de que determinadas partes – e subpartes – de uma regulação relevante satisfaçam ao teste de custo-benefício. A Corte, além de reconhecer que o estatuto legal exige a análise do custo-benefício, exigiu que o procedimento contivesse um elevado grau de quantificação, requisitando comparações explícitas de relações de custo-benefício para diferentes espécies de regulações e estudos apartados sobre de que maneira a regulação iria afetar as diferentes indústrias que utilizam asbestos.³⁴⁶

Sobre *Corrosion Proof Fittings v EPA*, Adler e Eric Posner anotam que a Corte não executou a sua própria análise do custo-benefício para confrontar com os resultados obtidos pela agência; porém, ao contrário, com base nas avaliações impugnadas, exigiu novos requisitos à análise do custo-benefício da regulação que proibia o uso do asbesto. No entanto, os novos *standards* exigidos pela Corte são tão rígidos e de difícil cumprimento que até hoje nenhuma outra regulação atinente ao uso racional ou ao banimento do asbesto foi promulgada.³⁴⁷

A questão é quando os *standards* exigíveis pelo Judiciário são muito severos a ponto de impedir que regulações desejáveis sejam promulgadas, o que na visão de Adler e Eric Posner ainda não é um fator preocupante, mas que somente se saberá ao certo quando houver uma maior experiência da exigência judicial da análise do custo-benefício.³⁴⁸

No caso *American Dental Association v Martin*, 984 F2d 823, 825-26 (1993), a Corte de Apelações do 7º Circuito atribuiu valor da vida estatística diverso ao valor estimado pela Administração de Segurança e Saúde Ocupacional na análise do custo-benefício de uma regulação que visava à proteção dos empregados contra algumas viroses específicas, notadamente AIDS e Hepatite B, mas ainda assim validou o procedimento de avaliação dos impactos da regulação.

³⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 48.

³⁴⁷ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 114.

³⁴⁸ ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006. p. 114.

Em *Biological Diversity v. Nat'l Highway Traffic Safety Admin.*, 538 F.3d 1172, 1198-1204 (2008), a Corte de Apelações do 9º Circuito revogou uma regulação do Departamento de Transportes que fixava padrões para as luzes dos caminhões, afirmando que a análise do custo-benefício para definir o *standard* falhou ao deixar de incorporar à avaliação os benefícios para as mudanças climáticas. No caso, grupos ambientalistas alegavam que o estatuto legal vedava a análise do custo-benefício. A Corte de Apelações referendou a discricionariedade da agência para sopesar custos e benefícios na definição dos padrões, mas revogou a norma em razão de que, uma vez utilizada a análise do custo-benefício, a agência não pode arbitrariamente incluir alguns benefícios – a exemplo da redução da poluição sonora e do congestionamento – e excluir outros relacionados às mudanças climáticas.

Formalmente apenas as agências executivas são obrigadas a explicitarem a análise do custo-benefício em suas regulações. Para as agências independentes³⁴⁹, a exemplo da Securities and Exchange Commission (SEC) e da Commodity Futures Trading Commission (CFTC), às quais compete a regulamentação do mercado de valores mobiliários, tal procedimento não é mandatário.³⁵⁰

Não obstante, a análise do custo-benefício nas regulações promulgadas pelas agências independentes foi judicialmente exigida em diversos casos julgados pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia. O primeiro caso de intervenção judicial nas regulações financeiras foi *Chamber of Commerce v SEC*, 412 F.3d 133 (D.C. Cir. 2005), no qual a Corte de Apelações invalidou uma regulação da SEC ao fundamento de que a agência havia falhado na implementação dos requerimentos do Investment Company Act (ICA) para que considerasse se a regulação promoveria a eficiência, a competição e a formação do capital, resultando, implicitamente, na violação do Administrative Procedure Act.

Nos setes anos seguintes ao julgamento de *Chamber of Commerce v SEC* o Circuito do Distrito de Columbia proferiu mais seis decisões similares, as quais resultaram na revogação de uma série de regulações da SEC, representando uma

³⁴⁹ As agências independentes estão elencadas no *Paperwork Reduction Act of 1980* 44 U.S.C. § 3502(5) (2012).

³⁵⁰ Na Inglaterra as duas principais agências reguladoras são obrigadas por lei a conduzirem uma análise do custo-benefício quantificada, exceto quando a agência entender que os custos ou benefícios não podem ser estimados de forma razoável ou que não é razoavelmente possível produzir uma estimativa, circunstâncias em que a agência deve publicar e explicar sua decisão. Ver: Financial Services Act, 2012, amending inter alia sections 138I (Financial Conduct Authority) e 138J (Prudential Regulation Authority) of the Financial Services and Markets Act 2000.

entre sete das maiores regulações emitidas pela SEC naquele período.³⁵¹ A mais notória decisão nesta sequência foi proferida no caso *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011), em que a Corte revogou uma regulação expedida pela SEC ao fundamento de que a análise do custo-benefício realizada para justificação do ato normativo foi inadequada e falhou na avaliação dos efeitos econômicos exigível no Administrative Procedure Act.

John Coates, Professor de Law and Economics na Universidade de Harvard, critica duramente as decisões do Circuito do Distrito de Columbia que exigem a análise do custo-benefício nas regulações financeiras. Argumenta que a Corte interpreta o APA e outros estatutos legais que autorizam a regulação do mercado financeiro de modo a possibilitar a revisão das estimativas que integram a análise do custo-benefício eventualmente realizada pela agência independente. Afirma que a análise do custo-benefício na regulação do mercado financeiro é realizada com base em estimativas não confiáveis e imprecisas e que o Judiciário não possui legitimidade para rever estas estimativas. Sustenta que as estimativas judiciais são ainda piores do que as estimativas das agências, pois os juízes das Cortes possuem cargos vitalícios, são apontados por razões políticas, são imunes à accountability política e são frequentemente partidários na sua abordagem da análise do custo-benefício.³⁵²

Eric Posner e Glen Weyl concordam com Coates de forma menos assertiva e consideram precipitada a exigência judicial da análise do custo-benefício das regulações financeiras. A questão de quando o Poder Judiciário deve exigir a análise do custo-benefício nas regulações financeiras traz à tona o debate sobre os custos da litigação e dos equívocos judiciais e sobre a competência institucional do Judiciário. Ponderam que se as Cortes não exigirem, as agências continuarão expedindo regulações financeiras que não passam no teste da análise do custo-

³⁵¹ COATES, John. Cost-benefit analysis of financial regulation: case studies and implications. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 882-1011, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/cost-benefit-analysis-of-financial-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

³⁵² COATES, John. Cost-benefit analysis of financial regulation: case studies and implications. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 882-1011, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/cost-benefit-analysis-of-financial-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2015. O autor afirma que desde a decisão em *Chamber of Commerce v SEC* em 2005 o Circuito do Distrito de Columbia manteve apenas uma regulação do SEC, no julgamento do caso *National Ass'n of Manufacturers v. SEC*, 748 F.3d 359 (D.C. Cir. 2014). Afirma que a composição desta Corte é dividida de forma equilibrada entre juízes apontados pelos partidos Republicano e Democrata, de modo que o resultado da análise do custo-benefício nas regulações financeiras judicializada é imprevisível e depende exclusivamente da composição do painel que julgará o litígio.

benefício e são excessivamente rigorosas ou flexíveis a depender da ideologia, dos interesses dos grupos mais influentes ou da sofisticação técnica, fatores que não raras vezes influenciam a atividade regulatória. Contudo, se as Cortes exigem a análise do custo-benefício, há o risco de que o façam de forma inadequada, resultando na revogação de regulações desejáveis. Ainda que não seja este o objetivo, os juízes podem não ser capacitados a entender como a análise do custo-benefício funciona. Teoricamente o debate é infundável.

Deveras, nos últimos trinta e cinco anos as Cortes Federais julgaram diversos casos demonstrando um entusiasmo judicial contemporâneo pela análise do custo-benefício. Não obstante, ainda assim, é extremamente difícil definir qual seria a postura ideal a ser adotada pelo Poder Judiciário no controle jurisdicional da avaliação dos impactos regulatórios. De qualquer sorte, é prudente que nas áreas em que se exige um elevado conhecimento técnico específico, o Judiciário adote uma postura de deferência ao administrador e exija apenas que as agências forneçam explicações razoáveis para suas escolhas e demonstrem certo grau de coerência em suas decisões, sob pena de ossificar a atuação pública.³⁵³

Por fim, conclui-se que a atual jurisprudência da Suprema Corte e das Cortes Federais reflete a tendência do crescente reconhecimento judicial da análise do custo-benefício como um procedimento apropriado e possivelmente indispensável ao processo regulatório norte-americano.

3.4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS DA DECISÃO PÚBLICA

No Brasil, não há previsão legal de um procedimento formal para avaliação dos impactos das regulações e das legislações, o que dificulta a judicialização das questões que envolvem o enfrentamento das consequências das decisões públicas, a exemplo da prioridade de investimentos em políticas públicas essenciais à preservação da vida, da saúde e da segurança. Não obstante, como não poderia deixar de ser devido à importância da temática, a avaliação dos impactos das

³⁵³ SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002. p. 83.

decisões públicas se faz presente em alguns dos mais controversos litígios que envolvem o controle jurisdicional das políticas públicas.

Diante da ausência de um procedimento legal específico a ser adotado na avaliação dos impactos das decisões públicas, resta ao Poder judiciário analisar tais questões sob diferentes perspectivas, notadamente por intermédio dos testes de proporcionalidade e razoabilidade das normas e de argumentos consequencialistas.³⁵⁴

No que se refere à proporcionalidade, sem adentrar a infundável e inócua discussão inerente à sua natureza jurídica – se princípio, regra, máxima ou postulado normativo aplicativo, regra de segundo nível ou metarregra³⁵⁵ –, importa apenas referir que, com base na jurisprudência tedesca, a comunidade jurídica brasileira consensualmente estabelece três³⁵⁶ testes a que uma norma deve ser

³⁵⁴ Proporcionalidade e razoabilidade possuem objetivos similares; todavia, esses termos não são sinônimos, tanto que um ato pode ser considerado desproporcional – por exemplo, uma leve intervenção em um direito fundamental desprovida de fundamentação constitucional – sem ser absurdamente irrazoável. Destarte, ainda que ambos possuam a mesma finalidade de controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é exercido de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério. A razoabilidade possui origem na jurisprudência inglesa, que, a partir de decisão proferida em 1948, passou a rejeitar atos ou decisões que fossem excepcionalmente irrazoáveis ou que nenhuma autoridade razoável adotaria. Consiste em um “teste da irrazoabilidade” para aferir se a Corte tem ou não legitimidade para glosar o ato impugnado. A análise da proporcionalidade da norma, por sua vez, tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 26-27. Em outro sentido, Barroso afirma que, a despeito da origem e do desenvolvimento distintos, razoabilidade e proporcionalidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o bastante para serem intercambiáveis”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 372-373.

³⁵⁵ Para uma teoria da distinção entre regras e princípios, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Para uma distinção entre todas as possíveis terminologias, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

³⁵⁶ Barak Aharon define proporcionalidade como um conjunto de regras para a determinação da necessidade e da suficiência de uma restrição legal de um direito constitucionalmente protegido. Afirma que, consoante os quatro componentes da proporcionalidade (o autor subdivide o segundo subprincípio), a limitação de um direito constitucional será constitucional quando: 1) for estabelecida para um propósito justo; 2) as medidas necessárias para efetuar a limitação são racionalmente ligadas ao preenchimento daquele propósito; 3) as medidas utilizadas não são substituíveis por medidas alternativas menos restritivas; 4) deve haver uma relação adequada entre a importância de se alcançar o propósito visado e a importância social de prevenir a limitação de um direito constitucional (proporcionalidade stricto sensu). Para um entendimento mais aprofundado sobre a relação entre proporcionalidade e razoabilidade, ver: BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012.

submetida: idoneidade ou adequação (toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo), necessidade e exigibilidade (não pode haver outras medidas menos restritivas igualmente eficazes para alcançar o objetivo visado) e proporcionalidade em sentido estrito³⁵⁷, que nada mais é que a análise do custo-benefício em relação à medida restritiva.

Consoante o exame da proporcionalidade em sentido estrito, os benefícios que derivam da perspectiva do bem juridicamente tutelado devem compensar os custos que resultam do sacrifício. Sob a ótica desse exame, o Poder Judiciário vem paulatinamente acrescentando ao ordenamento jurídico como fundamentação das decisões judiciais argumentos mais pragmáticos, focados nos resultados e nas consequências de suas próprias decisões e das políticas públicas.³⁵⁸

A complexa questão do uso e da comercialização do amianto é emblemática. No Brasil, terceiro maior produtor de amianto do mundo³⁵⁹, a Lei Federal nº 9.055/95 veda a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização do asbesto, mas em seu artigo 2º excepciona da proibição o amianto da variedade crisotila (asbesto branco).³⁶⁰ Aproveitando essa brecha legal, alguns Estados – São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Minas

³⁵⁷ Para Humberto Ávila, a análise da proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causado aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185.

³⁵⁸ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 113. Para esse autor, a proporcionalidade incorpora o raciocínio consequencialista: “Há de se adiantar as consequências para que seja possível se avaliar, hoje, a constitucionalidade do ato ou da norma”.

³⁵⁹ Atualmente, o Brasil ocupa o terceiro lugar na classificação mundial de produtores de amianto, sendo responsável por 20% da produção anual, segundo dados de 2011, embora só uma mina esteja em atividade, localizada no Município de Minaçu, no Estado de Goiás. Com a exportação, arrecada 80 milhões de dólares em divisas. Em tributos, são R\$ 341 milhões anuais. A comercialização tem o valor de R\$ 2,5 bilhões, o que representa acréscimo, a cada ano, de R\$ 1,6 bilhão de reais ao Produto Interno Bruto. Atualmente, 25 milhões de residências nacionais estão cobertas com telhas de fibrocimento, as quais contêm, em média, 8% de amianto na composição. Metade das novas construções emprega o material (dados fornecidos pelo representante do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio). Informações extraídas do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio, relator da ADI 3937/SP, em 31/10/2012.

³⁶⁰ Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Gerais – e diversos Municípios promulgaram leis estendendo a proibição ao asbesto branco.

Nesse cenário, tramitam no STF, ainda sem julgamento de mérito, diversas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) questionando a constitucionalidade da legislação que envolve a regulamentação do uso e da comercialização do asbesto. A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) propôs a ADI nº 3.557 contra a lei estadual do Rio Grande do Sul (Lei nº 11.643/01), a ADI nº 3.406 contra a lei estadual do Rio de Janeiro (Lei nº 3.579/01) e a ADI nº 3.937/2007 contra a lei estadual paulista (Lei nº 12.684/07), todas proibindo o fabrico, a comercialização e o uso de materiais que contenham amianto, asbesto ou outros minerais com fibras de amianto (inclusive o branco, a crisotila) em sua composição. Outrossim, em abril de 2008, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) ajuizaram a ADI nº 4.066 contra o artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/95.³⁶¹

No julgamento conjunto das ADIs nº 3.357 e nº 3.937³⁶², suspenso em 31 de outubro de 2012 após os votos dos relatores, o ministro Ayres Britto julgou as leis estaduais do Rio Grande do Sul e de São Paulo constitucionais, ao passo que o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido de inconstitucionalidade das leis estaduais apresentado nas duas ações.

O teor do voto proferido pelo ministro Marco Aurélio merece ser transcrito, pois, para além de invocar os testes de proporcionalidade e razoabilidade da norma,

³⁶¹ A jurisprudência do STF é no sentido de que havia inconstitucionalidade formal das normas estaduais que proibiam o uso e o comércio do amianto. Nesse sentido, no julgamento das ADIs nº 2.396, relatora ministra Ellen Gracie, e nº 2.656, relator ministro Maurício Corrêa, ambas julgadas em 08 de maio de 2003, o Supremo assentou a inconstitucionalidade de norma estadual a veicular proibição ao comércio e ao uso do amianto, presentes os artigos 24, incisos V, VI e XII e § 1º e § 2º, da Constituição Federal. No entanto, nas ADIs ainda não julgadas, o entendimento anteriormente firmado somente poderá prevalecer caso a Corte supere questão de ordem e proclame a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, o qual autoriza o uso do amianto na modalidade crisotila, situação em que a existência de legislação federal constituirá empecilho ao exercício da competência legislativa concorrente pelo Estado da Federação.

³⁶² Em 04 de junho de 2008, o STF cassou a liminar concedida monocraticamente pelo ministro Marco Aurélio na ADI 3.937, que suspendia a eficácia da lei paulista: “O Tribunal, por maioria, negou referendo à liminar concedida pelo relator, prejudicado o agravo regimental, e indeferiu a liminar, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Ellen Gracie. Votou o Presidente. Falaram, pelas amici curiae Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA e Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento – ABIFIBRO, os doutores Mauro de Azevedo Menezes e Osmar Cordeiro Corrêa Neto, na apreciação do referendo à liminar. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 04.06.2008.

evidencia que a omissão legal da determinação do procedimento de avaliação dos impactos da legislação resulta na transferência desse mister para o Judiciário:

O caso se resolve pela simples observância das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade. Descabe vedar certa atividade à iniciativa privada, por meio de decisão judicial, apenas porque o Poder Público demonstra incapacidade de fiscalizá-la de modo efetivo, pois o ato não passaria no teste de necessidade, que exige, para a consecução de determinada finalidade, a adoção da medida menos gravosa entre as que possuem similar eficácia.

[...] Quanto à razoabilidade, reitero o que tenho consignado sobre o princípio. Incumbe ao Supremo presumir que as pessoas agem de modo correto, de boa-fé, na condução dos negócios privados. Partir para a suposição de que empresas e indivíduos utilizarão o mineral de maneira ilícita é esperar o exorbitante, aquilo que foge ao comum da vida. Se o amianto deve ser proibido em virtude dos riscos que gera à coletividade ante o uso indevido, talvez tenhamos de vedar, com maior razão, as facas afiadas, as armas de fogo, os veículos automotores, alfim, tudo que, fora do uso normal, é capaz de trazer danos às pessoas. Na mesma linha de pensamento, enquadra-se a poluição decorrente do uso do amianto.

[...]

O crescimento econômico deve ser responsável e sustentável. Isso não significa dizer, como já afirmado, que as únicas políticas públicas legítimas são aquelas formuladas com base em risco-zero, mas as que equilibram, de modo razoável, os impactos econômicos e sociais e os perigos decorrentes da concretização do risco. Cabe, então, indagar se houve equilíbrio nessa ponderação, vale dizer, quais são os impactos econômicos e sociais do banimento completo do amianto.³⁶³

Na espécie, a decisão do ministro relator da ADI nº 3937 também afasta o princípio da precaução como possível referenciador da norma impugnada, afirmando ser equivocada a interpretação do princípio da precaução que nele enxerga a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial à coletividade. Igualmente, embora reconheça ser o amianto um material cancerígeno, aduz que a vedação da substância causará a substituição do risco: “Entender que a ponderação, no caso concreto, deve levar à proibição do crisotila significa admitir que substâncias igualmente perigosas também possam ser proibidas mediante decisão judicial”.

Nessa linha de argumentação, nos Estados Unidos, a decisão no caso *Corrosion Proof Fittings v EPA* 947 F2d 1201 (1991), em que a Corte de Apelações

³⁶³ No que se refere às consequências econômicas, o relator da ADI 3.937 sustenta: “A área de fibrocimento com amianto gera 170 mil empregos diretos e indiretos. São 230 mil empregos que poderão simplesmente desaparecer da noite para o dia em virtude da decisão que vier a ser proferida pelo Supremo, sem que o Poder Público tenha tempo para prover alternativas a essas pessoas. Em estimativa conservadora, serão cerca de meio milhão de famílias afetadas com o fim dessa fonte de renda. Não custa lembrar que a Constituição – inciso VIII do artigo 170 – também determina a busca do pleno emprego como objetivo a ser perseguido pelo Estado.

do 5º Circuito invalidou regulação da EPA que proibia o uso e a comercialização do asbesto, está fundamentada na análise de aspectos técnicos do procedimento da análise do custo-benefício executado pela agência, mormente em razão de que o procedimento falhou na análise dos riscos dos produtos que viriam a substituir o amianto.

Com efeito, uma das fases do procedimento da análise do custo-benefício é a consideração dos efeitos colaterais negativos nessa análise, denominada análise do risco compensatório (*risk tradeoff analysis*), em atenção ao fato de que minimizar um risco pode potencializar um risco compensatório e na assertiva de que a atuação pública não se justifica quando os riscos compensatórios excederem os benefícios diretos. No caso *Corrosion Proof Fittings v EPA*, a Corte norte-americana concluiu que a análise do risco compensatório realizada pela EPA foi insatisfatória.

A legislação brasileira de idêntica proibição não foi precedida da análise do custo-benefício da proibição do asbesto, de modo que, uma vez judicializada a questão, caberá ao Poder Judiciário executar a análise do risco compensatório dos produtos substitutivos e o procedimento de avaliação dos impactos da regulação do asbesto. No entanto, transferir essa competência do legislador ao Poder Judiciário importa no indesejável reconhecimento de que os representantes da sociedade são incapazes de analisar quais são os riscos e os benefícios da vedação ou da permissão de certa atividade.³⁶⁴ Nunca é demais enfatizar que a competência do Judiciário é para controlar jurisdicionalmente as políticas públicas, de forma que no caso o Supremo deveria ser chamado no máximo a decidir a constitucionalidade da avaliação dos impactos da legislação, a qual deveria ter sido executada pelo legislador antes de proibir a substância.

Ainda sobre a razoabilidade das normas e os testes de proporcionalidade, no julgamento da medida cautelar da ADI 2.435 proposta contra a Lei nº 3.542/01, a qual concede aos idosos do Estado do Rio de Janeiro desconto progressivo na compra de medicamentos nas farmácias, o voto vencido do ministro Marco Aurélio é enfático quanto à necessária consideração das consequências para que a norma

³⁶⁴ Nesse sentido, o voto do ministro Marco Aurélio na ADI 3.357 e 3.937: “É um parâmetro arriscado para o desenvolvimento econômico nacional e para as liberdades públicas, pois está nele implícita a premissa de que a sociedade, por seus representantes, é incapaz de analisar quais são os riscos e benefícios da vedação ou permissão de certa atividade”.

seja razoável: “Na lei não se cogita, sequer – aí, eu diria que o legislador acabou cumprimentando com chapéu alheio –, de uma compensação”.³⁶⁵

Da mesma sorte, no julgamento da ADI nº 1.950, em 03 de novembro de 2005, em que o STF julgou constitucional a Lei nº 7.844/92 do Estado de São Paulo, que concede meia-entrada a estudantes em casas de diversão, esporte e lazer, o voto vencido do ministro Marco Aurélio recorre à análise da razoabilidade da norma com fundamentação da decisão:

Não vejo como se estabelecer, e de forma linear, o que apontei como gratuidade parcial, a meia-entrada para ingresso em espetáculos diversificados. Não vejo como se fixar esse ônus, que acaba sendo suportado, ante a transferência, pela sociedade, tendo em conta a majoração da entrada para aqueles que não gozam do benefício, mediante uma norma, repito, não razoável, porque nela não se contém a contrapartida, ou seja, uma compensação – havendo uma vantagem significativa – da perda por aqueles que se lançam no mercado, na vida comercial, e precisam fugir à morte civil nessa mesma vida comercial, que é a falência.³⁶⁶

Dessume-se que, para o ministro Marco Aurélio, a transferência legal dos encargos econômicos entre os agentes de mercado sem que se sopesem ou avaliem os impactos de tal medida não é razoável e importa em última instância em “cumprimentar com o chapéu alheio”. Nesses casos, em que o Supremo julgou a constitucionalidade de legislação indiferente aos impactos econômicos e distributivos das benesses concedidas aos estudantes ou aos idosos, se houvesse a exigência legal de um procedimento a ser adotado para a avaliação dos custos e dos benefícios das legislações que envolvem a execução das políticas públicas, o Poder Judiciário teria que se manifestar expressamente sobre o cumprimento de tal obrigação legal, e quiçá as decisões judiciais que declararam a constitucionalidade de leis estaduais, ainda que sejam essas leis indiferentes aos impactos causados ao bem-estar geral da população, seriam em outro sentido.

³⁶⁵ E prossegue: “Simplesmente na lei impõe-se os descontos, sem se atentar para a situação financeira do adquirente do remédio, bastando o fator objetivo ‘idade’ [...] De qualquer forma, de duas, uma: ou a farmácia arcará com o ônus do desconto, ou majorará os preços dos remédios, ficando apenas toda a população”. A Medida Cautelar na ADI n 2.435 foi indeferida em 13 de março de 2002, e o mérito da ADI ainda não foi julgado pelo STF.

³⁶⁶ No julgamento da ADI 3.512-6, em que o STF, em 15 de dezembro de 2006, julgou constitucional a Lei nº 7.735/04 do Estado do Espírito Santo, que concede meia-entrada a doadores regulares de sangue em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer, o voto dissidente vencido do Ministro Marco Aurélio invoca a não razoabilidade da norma com base nas consequências não sopesadas como razão de decidir: “Continuo entendendo que o Estado, em si, não pode cumprimentar com o chapéu alheio”.

Ainda, destaca-se o julgamento do RE 580.963/ PR, no qual o STF, em 18 de abril de 2013, por maioria de votos, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), o qual dispõe que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sob o argumento de que não há justificativa plausível para a exclusão e a conseqüente discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário-mínimo. O voto dissidente vencido do ministro Ricardo Lewandowski é enfático ao analisar as conseqüências econômicas que motivaram a legislação:

Nessa crise mundial econômica que estamos vivendo, a primeira vítima é sempre a previdência social dos países, quer sejam eles desenvolvidos, quer sejam subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. O que está ocorrendo é que realmente – e nós vemos isso no mundo todo – os benefícios previdenciários são os primeiros a serem cortados. E nós vivemos uma crise mundial que está se aproximando, lamentavelmente, do nosso País. E há um fenômeno demográfico interessante, está havendo uma mudança no perfil demográfico no sentido de que há o aumento de pessoas idosas, sobretudo nos países avançados, mais desenvolvidos economicamente e em desenvolvimento. Isso está acontecendo no Brasil também. Se nós aumentarmos ou deixarmos ao magistrado local criar, ao seu talante, um benefício previdenciário sem observar o que dispõe o artigo 195, § 5º, da Constituição, sem indicar recursos, o Brasil irá à falência, irá à bancarrota rapidamente.

Note-se que o voto prevalecente do ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 580.963/ PR enfatiza a situação orçamentária da Previdência Social e afirma que o legislador ordinário, o Congresso Nacional, deve ter feito uma série de cálculos para concluir que o valor do benefício assistencial proposto é o valor possível, referindo-se “àquilo que os juristas chamam de reserva do possível”, o valor que o erário pode pagar, neste presente momento histórico, ao idoso. No entanto, a ausência de uma metodologia para a análise dos custos e dos benefícios para a definição dos critérios e dos valores legais na concessão do benefício social frustrou uma avaliação judicial mais detalhada dos impactos resultantes da atuação governamental.

De fato, diante da ausência de um procedimento consistente de avaliação dos impactos da atuação governamental, o legislador acabou elegendo diferentes critérios para concessão de benefícios sociais, cujos objetivos sociais são em muito similares, causando uma série de incongruências na implementação das políticas públicas, de sorte que a melhor alternativa restante ao Judiciário foi a de invalidar tal incongruência legal.³⁶⁷ Talvez, se tivesse o legislador apresentado tal procedimento de decisão que considerasse de maneira racional, consistente e coerente os impactos da atuação governamental, os argumentos vencidos do ministro Lewansdowski fossem aclamados com base na avaliação das consequências que levaram o legislador a optar pela restrição legal na concessão do benefício social julgada no RE 580.963/PR.

De outra banda, no que tange às limitações do controle jurisdicional das políticas públicas, denota-se que o argumento dos efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis das decisões judiciais é frequentemente invocado pelo STF para fundamentar uma postura mais cautelosa e de deferência ao legislador.³⁶⁸ Essa linha de argumentação jurisdicional que preza as consequências das decisões judiciais é condizente com um pensar pragmático do Direito, em que os institutos jurídicos são interpretados à luz da realidade social, política e cultural vivenciada por uma sociedade em determinado momento. O pragmatismo jurídico é identificável quando a fundamentação das decisões judiciais pauta-se na consideração das consequências prováveis, da realidade prática e da interação com os outros poderes, por dispositivos legais que permitem ao julgador utilizar-se de argumentos

³⁶⁷ Conforme o voto do ministro Gilmar Mendes, o legislador atribuiu diferentes critérios de renda para a definição de miserabilidade para a concessão de benefícios sociais: “Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas”.

³⁶⁸ Sobre os efeitos sistêmicos das decisões judiciais, Luís Roberto Barroso assevera: “O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 12.

pragmatistas e em determinadas circunstâncias que permitem a incorporação de dados fáticos ao julgamento.³⁶⁹

No que concerne ao STF e ao pragmatismo jurídico, José Vicente de Mendonça afirma que o Supremo é um ambiente propício ao desenvolvimento do pragmatismo em razão de que a Corte decide diversas questões para as quais o texto da Constituição não oferece nenhum auxílio direto. As decisões do STF não são revisadas por outra Corte, e as questões postas ao STF costumam ser um convite à interdisciplinaridade e ao pensamento *out of the box*.³⁷⁰

Na onda pragmatista, o STF avaliza legislações que seriam declaradas inconstitucionais não fosse a consideração dos efeitos sistêmicos indesejáveis decorrentes da decisão judicial. Por exemplo: no julgamento da ADI nº 2.240-7, em 09 de maio de 2007, o STF, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.619/00, a qual criou o Município baiano de Luís Eduardo Magalhães, em atenção às consequências da decisão judicial e da força normativa dos fatos³⁷¹ – já que o Município fora criado há sete anos – declarou válida a existência do Município.

Da mesma sorte, no julgamento da ADI nº 3.430, em 12 de agosto de 2009, mesmo declarando a inconstitucionalidade da norma estadual que permitia a contratação temporária de funcionários na área da saúde, a Corte modulou os

³⁶⁹ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 109.

³⁷⁰ MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 106-107. Em outra passagem, o autor anota que há uma diferença conceitual entre “argumento prático”, “argumento consequencialista” e “argumento pragmático”. Argumentos práticos são fundados em dados da realidade, sem apelar ao argumento das consequências de uma ação. Por exemplo: determinado Município não possui verba para atender antecipação de tutela que determina o custeamento de tratamento médico internacional a determinado cidadão, ou o argumento da “reserva do possível”, embora nesses casos, quando se invocam as consequências negativas da extensão do precedente, o argumento passa a ser consequencialista. Argumento consequencialista seria uma subespécie do gênero argumento pragmático. O autor registra a polêmica conceitual para pragmaticamente adotar como sinônimos “argumento consequencialista” e “argumento pragmático”, já que, para o mundo da aplicação do Direito, a diferenciação é irrelevante.

³⁷¹ Consta no voto do Relator ministro Eros Grau: “No caso do Município de Luís Eduardo Magalhães – que existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política – estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. A essa força é que Carl Schmitt faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1949, o representante inglês na ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática”.

efeitos da decisão, prorrogando o prazo de validade de tais contratações devido ao aumento do número dos casos de gripe suína na época.³⁷²

Ademais, o próprio legislador, atento aos possíveis efeitos sistêmicos das decisões judiciais, concede ao Judiciário uma estrutura de escolhas a minimizar tais efeitos em suas decisões. São exemplos a modulação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ADI ou ADPF, prevista respectivamente no artigo 27 da Lei n.º 9.868/99³⁷³ e no artigo 11 da Lei n.º 9.882/99³⁷⁴, e a possibilidade de suspensão da execução de liminar ou de sentença proferida em mandado de segurança quando tais decisões causem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas prevista no artigo 15 da Lei Federal n.º 12.016/09.³⁷⁵

Destarte, resta evidenciado que os argumentos consequencialistas que se prestam para fundamentar as decisões judiciais com base em seus efeitos sistêmicos indesejáveis e imprevisíveis no controle das políticas públicas também são invocados para justificar as decisões judiciais que envolvem a avaliação dos impactos das legislações e das regulações.³⁷⁶

³⁷² O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação e, por maioria, nos termos do artigo 27 da Lei n.º 9.868/99, modulou os efeitos da decisão para que tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada “gripe suína”, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Plenário, 12.08.2009.

³⁷³ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Destarte, o STF pode declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (efeitos *ex nunc*) ou declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (*ex tunc*). Nessa última hipótese, por motivo de segurança jurídica ou de interesse social, a lei continuará sendo aplicada por um determinado prazo, a ser determinado pela própria Corte.

³⁷⁴ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

³⁷⁵ “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.”

³⁷⁶ Nesse sentido, Salama e Pargendler afirmam que, em muitos casos, a Suprema Corte “tece juízos sobre os prováveis efeitos concretos de diferentes normas para, então, concluir sobre a sua compatibilidade ou não com a ordem constitucional brasileira”, exemplificando com os seguintes

Nessa perspectiva, a fundamentação das decisões judiciais com base em teorias do Direito e na legislação incidente é substituída ou corroborada pela análise das consequências das políticas públicas e das próprias decisões judiciais. De fato, ausente a determinação de um procedimento de avaliação dos impactos específico a ser seguido na atividade legislativa e reguladora, o Poder Judiciário, na avaliação desses impactos, inevitavelmente se valerá dos argumentos consequencialistas, ou seja, de argumentos não previstos no mundo jurídico.³⁷⁷

Deveras, denota-se que, devido ao déficit legal, a jurisprudência brasileira sobre avaliação dos impactos das decisões públicas, diferentemente da *common law* norte-americana, não enfrenta diretamente o procedimento adotado pelo legislador para avaliação dos custos na implementação das políticas públicas voltadas à proteção da vida, da saúde e da segurança ou eventual equívoco dos agentes políticos no procedimento utilizado no balanceamento das vantagens e das desvantagens da atuação pública. No entanto, o Judiciário se vale dos institutos disponíveis para fundamentar suas decisões que envolvem a avaliação dos impactos da atuação pública, mormente o princípio da proporcionalidade e a razoabilidade das normas e de argumentos práticos de matriz consequencialista utilizados como se fossem argumentos institucionais.³⁷⁸

julgados: (i) a inconstitucionalidade da Lei nº 8.620/93, que responsabilizava o sócio de responsabilidade pelo inadimplemento de contribuições previdenciárias pela sociedade, por violação ao princípio da livre iniciativa (RExt526.276. Rel. min. Ellen Gracie Northfleet. J. 3/11/2010); (ii) a constitucionalidade do dispositivo da lei de falências, que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas (ADI 3.934, Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 27/5/2009); (iii) a exigência constitucional de estender-se os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas (ADI 4.277, Rel. min. Ayres Britto. J. 5/5/2011); (iv) a constitucionalidade da adoção de cotas raciais por universidades brasileiras (ADPF 186, Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 26/4/2012; (v) a inconstitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencéfalo (ADPF 54. Rel. min. Marco Aurélio de Mello. J. 11/4/2012). PARGENDLER, Mariana; MEYERHOF SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

³⁷⁷ Sobre a possibilidade das decisões judiciais priorizarem o raciocínio consequencialista na fundamentação, Diego Arguelhes entende que essa circunstância é inerente ao trabalho de interpretação e aplicação do Direito quando houver princípios envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica. ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e o Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

³⁷⁸ Para uma diferenciação entre argumentos institucionais e não institucionais, ver Ávila: “Os argumentos institucionais são aqueles que, por serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais –, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente

De outro modo, o crescente interesse judicial sobre os efeitos das decisões judiciais no contexto político, social e cultural do país está progressivamente dominando o cenário do controle judicial dos impactos da atividade legislativa e regulatória. Note-se que não se está a discordar da compatibilidade da visão pragmatista do Direito com o Estado de Direito; apenas se salienta que os argumentos consequencialistas, quando utilizados como prioritários na fundamentação das decisões judiciais, são dificilmente controláveis e podem dar margem para uma postura não desejável demasiadamente expansionista do Judiciário na interpretação do Direito.³⁷⁹

Do exposto, conclui-se que o déficit legal de um procedimento formal a ser utilizado para a avaliação dos impactos das decisões públicas deve ser suprimido em razão de dificultar sobremaneira o controle judicial dessas questões e por propiciar a prioridade dos argumentos consequencialistas na fundamentação das decisões do controle jurisdicional dessas políticas.

evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação”. ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p. 1-34, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015. p. 07.

³⁷⁹ José Vicente Mendonça afirma que os argumentos consequencialistas não podem ser colocados em segundo plano ou chamados de “políticos” e “não institucionais”. Contudo, defende que, quando utilizados como argumentos de reforço ou descarte, integram a estratégia de persuasão que respeita a autopercepção dos julgadores como “aplicadores da lei”. Ademais, reforça que, caso sejam utilizados como argumentos principais, trarão muitos problemas relacionados ao seu abuso. MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 116-117.

CONCLUSÃO

As decisões públicas – assim compreendidos os atos normativos que, em última instância, importam na implementação das políticas públicas – geram impactos positivos e negativos potencialmente capazes de modificarem sobremaneira a vida de cada indivíduo da população, razão pela qual a atuação estatal deve se valer das mais poderosas ferramentas para assegurar que cada centavo seja investido para assegurar os melhores benefícios possíveis. Por outro lado, não raras vezes, os governantes possuem incentivos estratégicos para preferirem a opacidade própria dos procedimentos informais de avaliação dos impactos, ocasião em que a exigência legal de um procedimento de avaliação dos custos e dos benefícios é uma grande vantagem por elevar a transparência das decisões públicas ao exigir que sejam motivadas e explicitadas as razões pelas quais a decisão proposta é mais desejável que as alternativas viáveis.

Nesse cenário, a análise do custo-benefício desponta como um instrumento apto a: demonstrar previamente os impactos da atuação estatal aos entes governamentais e à população; fortalecer a democracia deliberativa, propiciando o engajamento popular na tomada da decisão pública; sinalizar para a necessidade da atuação sobre problemas sociais negligenciados; possibilitar a responsabilização dos governantes (*accountability*) pelo resultado das decisões públicas; assegurar que os escassos recursos públicos sejam investidos onde possam ser mais bem aproveitados.

A análise do custo-benefício é a técnica para converter os impactos decorrentes de uma decisão pública em valores monetários e agregá-los em uma escala métrica monetária única. O procedimento é importante para mensurar os impactos da atuação pública e compará-los em uma escala econômica comum, com o propósito de possibilitar que a decisão pública utilize os recursos públicos da maneira mais eficiente possível e, assim, promova o bem-estar geral.

De fato, é imprescindível que a atuação governamental seja pautada na avaliação dos impactos de suas decisões, e, para tanto, os países devem beneficiar-se das ciências econômicas e humanas para garantir a melhor decisão possível. Previamente à atividade regulatória ou legislativa, os governos devem identificar quais são os potenciais efeitos da atuação e quais são as prováveis consequências de permanecer inerte, quem suportará os custos e quem se beneficiará, quais serão

os valores dos custos e dos benefícios, quantas vidas e a que preço serão salvas, em que extensão a medida é capaz de contribuir para a redução da possibilidade de uma crise financeira, e assim por diante.

Nessa perspectiva, há uma crescente tendência mundial na adoção de um mecanismo de avaliação dos impactos das decisões públicas, notadamente da análise do custo-benefício como procedimento de decisão. Nos Estados Unidos, por exemplo, há mais de 35 anos as agências federais somente podem regular após a comprovação, mediante esse procedimento, de que os benefícios justificam ou excedem os custos da novel regulação. O mecanismo também é previsto na legislação de diversos outros países, desenvolvidos e em desenvolvimento, a exemplo da Inglaterra, do Canadá, da Austrália, do Japão, das Filipinas, da Índia, da China, do México e da União Europeia. Ademais, a recente experiência de países como a Suíça, a Suécia e a Inglaterra apontam para a consolidação da tendência global dos países na criação de órgãos específicos para a análise dos impactos legislativos, o que evidencia a extensão do procedimento de avaliação dos custos e dos benefícios, originalmente aplicável na atividade regulatória, para a atividade legislativa.

Na contramão do mundo, no Brasil não se exige a execução de um procedimento formal de avaliação prévia dos impactos em sede administrativa ou legislativa. Não obstante, em atenção e nos moldes da recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, emitida em 2007, para que o Brasil normatizasse a exigência de um mecanismo de avaliação para as regulações, denominado Avaliação do Impacto Regulatório (AIR), no mesmo ano, o Decreto nº 6.062/2007 criou o Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG). Esse programa, originariamente projetado para funcionar por três anos, visa entre outras finalidades capacitar servidores públicos no emprego de metodologias para análises de impacto regulatório e para potencializar o uso dessa ferramenta de melhoria da qualidade regulatória.

Outrossim, tramita no Congresso Nacional o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras 52/2013, substitutivo do Projeto de Lei da Câmara 3.337/2004, o qual prevê a criação do Conselho de Governo, um órgão de supervisão regulatória, de composição colegiada e ministerial, a quem competiriam a avaliação e o acompanhamento de assuntos regulatórios, a avaliação de atos de

caráter geral de significativo impacto e de suas avaliações de impacto regulatório. Todavia, a criação do órgão de supervisão regulatória e a imposição legal da avaliação de impacto da atividade regulatória por intermédio da padronização de um mecanismo apto a alcançar os resultados desejáveis para tanto figuram como uma realidade distante de ser alcançada no País. Ademais, ressalta-se que, no que tange à atividade legislativa, principal condutora da implementação das políticas públicas, não há qualquer evidência de que se pretende em um futuro próximo implantar igual procedimento de avaliação dos impactos.

O Brasil enfrenta a pior crise financeira dos últimos 30 anos. A recessão atual bate recordes a cada dia que passa; a produtividade do setor empresarial e a renda das famílias brasileiras estão em ascendente queda livre; a taxa de desemprego sobe gradativamente há mais de dois anos; escândalos de corrupção pipocam todos os dias na mídia nacional e internacional; a capacidade de recuperação da economia e a credibilidade do País nunca estiveram tão desacreditadas. Essas são circunstâncias que, somadas, tornam imprevisível o desfecho da atual situação desoladora.

A crise financeira é em grande parte fruto de uma política de gastos públicos desarrazoada, irracional, desequilibrada, intuitiva, despreocupada com a previsibilidade dos impactos das possíveis alternativas de opções da atuação governamental e focada em resultados imediatos. É chegada a hora de o País adotar um mecanismo de avaliação dos impactos das decisões públicas que torne eficaz o gerenciamento e atribua racionalidade ao investimento dos escassos recursos públicos. O Brasil não pode mais se dar ao luxo de continuar desperdiçando, gastando os recursos públicos de modo inconsequente, sem olhar para o futuro da nação.

Evidentemente, a análise do custo-benefício não é uma panaceia para a melhoria da qualidade das decisões públicas, de maneira que, assim como qualquer outro procedimento de decisão, apresenta algumas limitações. No entanto, entre as principais técnicas alternativas concorrentes analisadas no presente estudo – análise do custo-eficácia, avaliação intuitiva, análise de viabilidade tecnológica e análise do bem-estar –, atualmente a análise do custo-benefício figura como o melhor mecanismo disponível aos governos para a contabilização das consequências das decisões públicas.

No que concerne aos desafios na implementação da técnica da análise do custo-benefício, o critério Kaldor-Hicks como base normativa na execução do procedimento sofre objeções por não permitir a mensuração dos impactos distributivos. De fato, quem suporta os custos da atuação governamental nem sempre se beneficiará dos ganhos, os quais são distribuídos de forma desigual no decorrer do tempo, afetando, por vezes, diversas gerações. Nesse contexto, o rastreamento e a identificação das questões que envolvem a distribuição dos impactos das decisões públicas sobre a população e a economia não podem ser ignorados na análise do custo-benefício das políticas públicas. De outra banda, os problemas da distribuição de renda e, por consequência, da inequidade social devem ser remediados por políticas de redistribuição de renda, de modo que a simples rejeição da análise do custo-benefício em nada contribuirá para a solução do problema.

Deveras, a solução analisada de Matthew Adler e Eric Posner, no sentido de que os impactos distributivos sejam avaliados complementarmente ao procedimento da análise do custo-benefício, ou a proposição de Jeffrey Sachs, de que eficiência e equidade são sinérgicas e não necessariamente excludentes ou antagônicas, devem ser consideradas como soluções alternativas à limitação do rastreamento dos impactos distributivos na análise do custo-benefício.

O aspecto que diferencia o procedimento da análise do custo-benefício dos outros métodos de avaliação dos impactos das decisões públicas é a monetização dos impactos da atuação pública associados a bens não disponíveis no mercado, a exemplo da vida, da saúde e da segurança das pessoas, o que, *prima facie*, pode transmitir certa insensibilidade. No entanto, é preciso ter presente que a monetização dos custos e dos benefícios da atuação pública não implica atribuir valor monetário à vida humana ou a qualquer desses bens que por suas características únicas e específicas não estão, nem poderiam estar, disponíveis no mercado. Evidentemente não há valor monetário suficiente para quantificar o valor da vida humana. Todavia, o reconhecimento de tal assertiva não torna menos premente e verdadeiro o fato de que se faz necessário que a atuação governamental disponha da análise do custo-benefício como um instrumento capaz de classificar as diversas alternativas possíveis de implementação das políticas públicas voltadas à proteção da vida e de todos aqueles bens de apreço inestimável, de modo que se

defina quanto dos escassos e finitos recursos públicos cada sociedade está disposta a investir na prevenção de riscos a tais bens.

Sob outra perspectiva, o êxito da análise do custo-benefício está condicionado também à efetivação de mecanismos aptos à realização da análise retrospectiva das expectativas estimadas nas decisões públicas anteriores como procedimento indispensável para a modificação das regras que não estão surtindo os benefícios esperados ou estão impactando negativamente a sociedade, bem como para agregar informações ao processo de decisão e aprimorar a qualidade das decisões públicas futuras. A análise posterior igualmente possibilita que os governos aprendam com seus próprios erros e restringe a possibilidade de que incorram nos mesmos equívocos.

Nesse cenário, tanto a análise do custo-benefício como a análise retrospectiva das normas dependem do acesso a todas as informações relevantes dispersas em sociedade, necessárias não apenas à precisão da monetização das consequências, à qualificação dos impactos decorrentes das decisões públicas e à obtenção de resultados confiáveis, mas também imprescindíveis para tornar os sistemas regulatório e legal mais eficientes e menos onerosos na concretização de seus objetivos. Destarte, a participação popular deve integrar não apenas a análise prévia das decisões públicas, mas também a análise prospectiva de desempenho e da efetividade de tais decisões.

Ainda no tocante ao acesso às informações dispersas em sociedade e à intensificação da participação da população no desenvolvimento, no monitoramento e na avaliação das atividades governamentais, ferramentas da economia comportamental e da psicologia despontam como mecanismos importantes à formulação das políticas públicas e à melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados para a população, na medida em que conferem maior precisão às estimativas acerca das consequências das leis e das regulações.

Outro desafio à utilização da análise do custo-benefício como procedimento de decisão pública é referente a uma das fases do procedimento consistente na aplicação da taxa de desconto social e aos problemas de inequidade intergeracional que poderiam daí decorrer. Com efeito, a taxa de desconto incorpora à análise do custo-benefício dois aspectos distintos. O primeiro reflete o fato de que as pessoas preferem consumir no presente a consumir no futuro, o que gera uma taxa marginal positiva de preferência temporal. O segundo aspecto refere-se aos custos de

oportunidade, os quais são equivalentes ao valor perdido da rentabilidade futura, na hipótese na qual os recursos públicos fossem aplicados em investimentos financeiros em vez de utilizados no presente na implementação das políticas públicas.

Nessa toada, há uma objeção ética e moral ao desconto dos benefícios que serão usufruídos pelas futuras gerações, sob o fundamento de que os impactos intergeracionais deveriam receber o mesmo peso, sob pena de se atribuir tratamento discriminatório entre as diferentes gerações, razão pela qual a taxa de desconto social deveria ser zero ou simplesmente não deveria ser aplicada. Não obstante, deixar de descontar dos benefícios futuros implica ignorar os custos de oportunidade dos recursos investidos no presente na análise do custo-benefício, o que poderia ser prejudicial às futuras gerações, caso os recursos investidos pudessem ser investidos em opções que melhor atendessem às suas necessidades. Ainda, há a possibilidade de que a transferência de recursos das gerações presentes para as futuras resulte em uma redistribuição de renda perversa, porquanto ignora o fato de que as futuras gerações previsivelmente serão mais ricas devido a uma combinação de esforços, investimentos e altruísmo das gerações antecessoras.

Destarte, recusar o desconto não é uma maneira eficiente para assegurar o preenchimento das obrigações morais das presentes gerações para com as futuras. Apenas há de se ter o cuidado de definir uma taxa no menor percentual admissível quando as políticas públicas avaliadas gerarem impactos por períodos muito longos, cujos efeitos sejam intergeracionais, a fim de que, além da eficiência econômica e do bem-estar da sociedade, a atuação pública respeite a equidade entre as diferentes gerações afetadas.

De outro lado, a análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos riscos de impactos ambientais globais, cujos efeitos são potencialmente catastróficos, irreversíveis e perpetuados por séculos, enfrenta algumas limitações específicas, visto que esses problemas precisam ser enfrentados sob a ótica das relações internacionais, as quais inevitavelmente envolvem a avaliação de interesses políticos. Outrossim, tais riscos específicos são mais suscetíveis de comprometerem a equidade intergeracional e internacional. Ainda, é bastante elevado o grau de incerteza e imprecisão em relação às informações científicas e econômicas sobre onde, geograficamente, os efeitos nefastos ao meio ambiente

serão mais intensos, quais populações serão mais prejudicadas e qual peso atribuir a essas consequências.

Em meio a esse cenário, o princípio da precaução, no sentido de que as nações são obrigadas a investir os recursos que forem necessários à regulação eficaz dos riscos de impactos irreversíveis e catastróficos ao meio ambiente, ainda que não se tenha um consenso científico sobre a previsibilidade da ocorrência e da extensão de tais riscos, surge como método substitutivo à análise do custo-benefício. No entanto, a desconsideração dos custos da atuação governamental para a redução dos riscos ambientais também pode resultar no pior cenário possível. É preciso ter presente que os custos de implementação recaem sobre toda a população, e não somente sobre aqueles que são diretamente onerados com os custos da implementação das medidas necessárias à redução desses riscos. Enfrentar o cenário mais pessimista possível implica considerar o fato de que os custos de implementação podem ocasionar sérios problemas, notadamente o significativo incremento das taxas de desemprego e da extrema pobreza.

Até mesmo a Encíclica do Papa Francisco, publicada em junho de 2015, reconhece que as decisões públicas sobre os riscos ao meio ambiente que afetam o bem comum presente e futuro devem ser tomadas com base no balanceamento dos riscos e dos benefícios previsíveis para cada opção alternativa possível.

Destarte, evidencia-se que os principais e mais preocupantes aspectos comuns entre os maiores riscos ao meio ambiente – a saber: apresentam riscos de catástrofes e prejuízos irreparáveis às presentes e às futuras gerações; sua mitigação eficaz demanda a assunção de compromissos internacionais e responsabilidades internacionais –, não legitimam a atuação pública voltada à redução de tais riscos desvinculada da ponderação dos custos e dos benefícios. Note-se que, ainda que a análise do custo-benefício não ofereça resultados precisos determinantes à atuação pública nas questões que envolvem a proteção do meio ambiente, é certo que sem a adoção do procedimento haveria imprevisibilidade e incerteza ainda maiores no tocante às prováveis consequências das decisões públicas.

No que tange à ponderação dos custos e dos benefícios como instrumento ao alcance da eficiência na alocação de recursos e na definição de institutos jurídicos e titulares de direitos nos mais diversos campos do Direito, proposta originariamente decorrente da disciplina da análise econômica do Direito, a partir do estudo de

teorias econômicas da responsabilidade civil por acidentes (Pigou, Coase, Posner e Calabresi), tem-se que a análise do custo-benefício como procedimento de definição de institutos jurídicos produz resultados desejáveis sob o ponto de vista da eficiência na alocação de recursos. Contudo, a ponderação dos custos e dos benefícios não pode ser o único critério de orientação na elaboração dos sistemas legais, por ser incompatível com outros objetivos dos sistemas legais igualmente ou mais importantes que a eficiência. Da mesma maneira, a ponderação dos custos e dos benefícios não pode servir de critério exclusivo de interpretação judicial dos estatutos legais, pois a exclusão de aspectos dificilmente precificáveis na ponderação dos custos e dos benefícios resulta em decisões judiciais injustas.

Outrossim, diferentemente do procedimento aplicado na tomada de decisões administrativas e legislativas, os juízes não dispõem de uma metodologia para calcular e avaliarem os custos e os benefícios envolvidos na interpretação dos dispositivos legais. Assim sendo, a análise do custo-benefício nas decisões judiciais perde todos os atrativos que a justificam como procedimento de decisão legislativa ou administrativa, porquanto inevitavelmente será realizada de modo subjetivo e fundamentada nas intuições, nos palpites e nos pressentimentos dos juízes. Não obstante, as limitações da análise do custo-benefício na fundamentação de institutos dos sistemas legais ou da interpretação judicial dos dispositivos legais não incidem sobre o controle jurisdicional do procedimento da análise do custo-benefício realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo para justificar a atuação estatal, mormente na execução das políticas públicas.

Nessa seara, a judicialização de questões políticas controvertidas muitas vezes resulta em um ativismo ou um protagonismo judicial caracterizado pela adoção de uma postura proativa ou expansiva do Judiciário nas questões referentes à implementação, à execução e aos resultados das políticas públicas. Essa postura judicial expansionista desperta consideráveis objeções ao controle jurisdicional das políticas públicas, entre as quais merecem destaque: a afronta à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva; o déficit contramajoritário; a limitação da capacidade técnica ou institucional do Judiciário para lidar com a escassez e a alocação de recursos públicos; os efeitos sistêmicos não desejáveis decorrentes das decisões judiciais.

Essas limitações ao controle jurisdicional das políticas públicas interferem na judicialização do procedimento de avaliação dos impactos das legislações e

regulações, visto que, nesse mister, é exigível ao Judiciário legitimidade democrática para decidir onde e de que maneira investir os recursos públicos, bem como conhecimentos relativos a questões técnicas específicas, aos limites orçamentários e aos custos de implementação e proteção dos direitos fundamentais.

Assim sendo, a extensão e os efeitos dessas limitações influenciam sobremodo a formação do entendimento jurisprudencial acerca da análise do custo-benefício como procedimento de decisão pública, a exemplo do que ocorre na *common law* federal desenvolvida nos Estados Unidos sobre a temática, bem como são determinantes à formação da jurisprudência brasileira no que se refere à avaliação dos impactos das decisões administrativas e legislativas.

No que concerne à jurisprudência norte-americana sobre a análise do custo-benefício, nos últimos 35 anos, diversas questões cruciais à padronização das regras do procedimento de avaliação dos impactos das regulações foram judicializadas perante as Cortes Federais e à Suprema Corte, de sorte que a jurisprudência norte-americana tem inquestionavelmente contribuído para a moldura e o aprimoramento do procedimento da análise do custo-benefício.

A Suprema Corte norte-americana julgou quatro casos paradigmáticos sobre a análise do custo-benefício – *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001); *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 556 U.S. 208, 222 (2009); *EPA v. EME Homer City Generation, L.P.*, 134 S. Ct. 1584, 1607 (2014); *Michigan v. Environmental Protection Agency* 135 S. Ct. 2699 (2015), - dos quais se deduz que, de acordo com o entendimento da Corte, as agências não mais possuem discricionariedade para decidir quando as regulações devem ser precedidas da análise do custo-benefício, a qual, para além de ser mandatória para todas as agências federais, é exigível em todas as etapas do processo regulatório. De outro lado, se nesses casos julgados a Suprema Corte não tratou das especificidades do procedimento da análise do custo-benefício, há inúmeras decisões das Cortes Federais julgando a própria metodologia adotada pelas agências executivas no procedimento.

Infere-se da *common law* federal desenvolvida nos Estados Unidos sobre a temática que, por vezes, as Cortes Federais, a exemplo do caso *Corrosion Proof Fittings v EPA* 947 F2d 1201 (1991), em que foi anulada a regulação que proibia o uso e a comercialização do asbesto ao fundamento de que o procedimento de avaliação executado foi inadequado, exigem novos *standards* a serem seguidos na

análise do custo-benefício tão rígidos e de difícil cumprimento a ponto de impedir que regulações desejáveis sejam promulgadas.

Da mesma forma, a decisão da Suprema Corte em *Michigan v. Environmental Protection Agency* 135 S. Ct. 2699 (2015), determinando a consideração dos custos até mesmo no estágio embrionário do processo regulatório, representa a criação de um significativo obstáculo à regulamentação voltada à proteção da saúde pública e do meio ambiente. Nesse sentido, a exigência judicial da consideração dos custos em cada estágio do processo regulatório pode ter o efeito deletério indesejável de paralisar uma atuação estatal mais combativa na definição de regras mais rígidas à efetiva proteção da saúde e do meio ambiente. De toda sorte, evidencia-se que a atual jurisprudência da Suprema Corte e das Cortes Federais reflete a tendência do crescente reconhecimento judicial da análise do custo-benefício como um procedimento apropriado e possivelmente indispensável ao processo regulatório norte-americano.

No que diz respeito à jurisprudência brasileira acerca da temática, a carência de previsão legal de um procedimento formal para avaliação dos impactos das regulações e das legislações dificulta sobremaneira a judicialização das questões que envolvem o enfrentamento das consequências das decisões públicas. De qualquer modo, diante do déficit legal de um procedimento específico a ser adotado na avaliação dos impactos das decisões públicas, resta ao Poder Judiciário analisar tais questões sob diferentes perspectivas, notadamente por intermédio dos testes de proporcionalidade e razoabilidade das normas e de argumentos consequencialistas.

Sob a ótica desse exame, o Poder Judiciário vem paulatinamente acrescentando ao ordenamento jurídico como fundamentação das decisões judiciais argumentos mais pragmáticos, focados nos resultados e nas consequências de suas próprias decisões e das políticas públicas. Essa linha de argumentação jurisdicional que preza as consequências das decisões judiciais é condizente com um pensar pragmático do Direito, em que os institutos jurídicos são interpretados à luz da realidade social, política e cultural vivenciada por uma sociedade em determinado momento.

A omissão legal da determinação do procedimento de avaliação dos impactos da legislação resulta na transferência desse mister para o Judiciário. Contudo, nunca é demais enfatizar que a competência do Poder Judiciário é para controlar jurisdicionalmente as políticas públicas, de maneira que os juízes devem ser

chamados no máximo a decidir a constitucionalidade da avaliação dos impactos da legislação e da regulação, a qual deveria ter sido previamente executada à atuação governamental.

De outro lado, se houvesse a exigência legal de um procedimento a ser adotado para a avaliação dos custos e dos benefícios das legislações que envolvem a execução das políticas públicas, o Poder Judiciário teria que se manifestar expressamente sobre o cumprimento de tal obrigação legal, e quiçá as decisões judiciais que declararam a constitucionalidade de leis e regulações, ainda que sejam esses instrumentos legais indiferentes aos impactos causados ao bem-estar geral da população, seriam em outro sentido.

Deveras, o fato é que o crescente interesse judicial pelos efeitos das decisões judiciais nos contextos político, social e cultural do País está progressivamente dominando o cenário do controle judicial dos impactos da atividade legislativa e regulatória. A visão pragmatista do Direito é perfeitamente compatível com o Estado de Direito; porém, deve-se ter presente que, quando os argumentos consequentialistas são utilizados como prioritários na fundamentação das decisões judiciais, são dificilmente controláveis e podem dar margem para uma postura não desejável e demasiadamente expansionista do Judiciário na interpretação do Direito.

Dessa feita, a dificuldade do controle judicial das questões que envolvem a avaliação dos impactos das decisões públicas é particularmente agravada pela ausência do procedimento legal a ser seguido para avaliação dos impactos das legislações e das regulações, razão pela qual o déficit legal deve e precisa ser suprido, sob pena de se propiciar um caminho sem volta para a prioridade dos argumentos consequentialistas na fundamentação das decisões do controle jurisdicional dessas políticas.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOWICZ, Michael; AYRES, Ian; LISTOKIN, Yair. Randomizing law. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 159, n. 4, p. 929-1005, mar. 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol159/iss4/1>. Acesso em: 15 dez. 2015.
- ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Lisa. **Priceless**: on knowing the price of everything and the value of nothing. New York: The New Press, 2004.
- ADLER, Matthew D. Incommensurability and cost-benefit analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 146, p. 1371-1418, 1998.
- ADLER, Matthew D. **Well-being and fair distribution**: beyond cost-benefit analysis. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **Cost-benefit analysis**: legal, economic and philosophical perspectives. Chicago: University of Chicago Press, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=294422>>. Acesso em: 15 dez. 2015.
- ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University, 2006.
- ADLER, Matthew D.; POSNER, Eric A. Rethinking cost-benefit analysis. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 165-247, 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2602>. Acesso em: 18 dez. 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ANCEL, Marc. **Utilidades e métodos do direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras**: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009. p. 29-52. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.
- ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e o Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2016.
- ARROW, Kenneth J. et al. Is there a role for benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation? **Science**, v. 272, p. 221-222, 2 abr. 1996. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.259.9894&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

ARROW, Kenneth J. et al. **Report of the NOAA panel on contingent valuation**. 1993. Disponível em: <http://www.economia.unimib.it/DATA/moduli/7_6067/materiale/noaa%20report.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 189-194, out./dez. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181799/000433557.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, p. 1-34, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALDWIN, Robert. **Better regulation: is it better for business?** Londres: Federation of Small Businesses – Press and Parliamentary Office, 2004. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/intranet/LSEServices/communications/pressAndInformationOffice/PDF/0952%20Better%20Regulation.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, p. 13-56, jan./fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 24 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**, n. 11, p. 1-47, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 24 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Traduzido por Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BECK, Ulrich. **Pioneer in cosmopolitan sociology and risk society**. Londres: Springer, 2015.

BECKER, Gary S. The economic way of looking at life. **Nobel Lecture**, p. 38-58, dez. 1993. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of moral and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1907. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/278>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986.

BILMES, Linda; STIGLITZ, Joseph E. The economic costs of the Iraq War: an appraisal three years after the beginning of the conflict. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge, USA, Working Paper 12054, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12054>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BOARDMAN, Anthony et. al. **Cost-benefit analysis: concepts and practice**. 4. ed. New York: Prentice-Hall, 2006.

BRANNON, Ike. What is a life worth? **Regulation**, v. 27, n. 4, p. 60-63, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=654544>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Nota Técnica DEA 27/13: taxa de desconto aplicada na avaliação das alternativas de expansão**. 2013. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/consulta_publica/documentos/DEA%2027-13%20-%20Taxa%20de%20Desconto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2015.

BRASIL. **O que você precisa saber sobre a Copa do Mundo**. 2014. Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/sites/default/files/cartilha_copa_por.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BREYER, Stephen et al. **Administrative law and regulatory policy: problems text, and cases**. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

BRONSTEEN, John; BUCAFFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.

BROOKSHIRE, David S. et al. Valuing public goods: a comparison of survey and hedonic approaches. **The American Economic Review**, v. 72, n. 1, p. 165-177, mar. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1808583>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of the United States**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2006.

BYBEE, Keith J. **All judges are political-except when they are not**: acceptable hypocrisies and the rule of law. Califórnia: Stanford University Press, 2010.

CALABRESI, Guido. A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 2, p. 1-13, ago. 2014. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4396&context=lcp>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido. **The future of Law & Economics**: Essays in Reform and Recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

CALABRESI, Guido. The pointlessness of Pareto: carrying Coase further. **Yale Law Journal**, v. 100, p. 1211-1238, 1991. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2014>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, p.1089-1128, 1972.

CARSON, Richard T. Contingent valuation: a practical alternative when prices aren't available. **Journal of Economic Perspectives**, v. 26, n. 4, p. 27-42, 2012. Disponível em: <<https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jep.26.4.27>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

CARSON, Richard T. et al. Contingent valuation and lost passive use: damages from the Exxon Valdez oil spill. **Environmental and Resource Economics**, v. 25, p. 257-286, 2003. Disponível em: <<http://econweb.ucsd.edu/~rcarson/papers/ExxonERE.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

COATES, John. Cost-benefit analysis of financial regulation: case studies and implications. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 882-1011, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/article/cost-benefit-analysis-of-financial-regulation>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

COLE, Daniel H. Law, politics, and cost-benefit analysis. **Alabama Law Review**, Alabama, v. 64, p. 55-89, 2012. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/772>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012.

CRUZ, Valdo; AMORA, Dimmi; VERSIANI, Isabel. Governo deve oficializar deficit de R\$ 50 bilhões no Orçamento nesta 4ª. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 20 out. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/10/1696120-deficit-de-r-50-bilhoes-do-governo-deve-ser-oficializado-nesta-quarta.shtml>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, Local, v. 9, n. 2, p. 191-226, mar. 1980. Disponível em: <<http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges**. Cambridge: Harvard, 2013.

EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. **2 Journal of Legal Studies**, p. 151-204, 1973. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3091&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

EPSTEIN, Richard A. Are values incommensurable, or is utility the ruler of the world? **Utah Law Review**, n. 3, p. 683-716, 1995. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2402&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Chamber of Commerce. **Regulatory Reform Was Off the GOP Debate Radar**. 2015. Disponível em: <<https://www.uschamber.com/above-the-fold/regulatory-reform-was-the-gop-debate-radar>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ESTADOS UNIDOS. EPA. **Clean Power Plan**. 2015. Disponível em: <<http://www.epa.gov/cleanpowerplan/clean-power-plan-existing-power-plants>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Interagency Working Group on Social Cost of Carbon. **Technical Support Document**: Technical Update of the Social Cost of Carbon for Regulatory Impact Analysis - Under Executive Order 12866. 2013. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/social_cost_of_carbon_for_ria_2013_updat_e.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **2014 Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities**. 2014. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/2014_cb/2014-cost-benefit-report.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Office of Information and Regulatory Affairs. **Circular A-4**, set. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 12 jun. 2015.

ESTADOS UNIDOS. OMB. **Validating Regulatory Analysis**: 2005 Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities. 2005. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/2005_cb/final_2005_cb_report.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS. **Social and Behavioral Sciences Team**. Disponível em: <<https://sbst.gov/>>. Acesso em: 11 dez. 2015.

EUROPEAN CONSORTIUM IN HEALTHCARE OUTCOMES AND COST-BENEFIT RESEARCH. **European Guidelines for Cost-Effectiveness Assessments of Health Technologies**. Bruxelas, jan. 2013. Disponível em: <http://www.echoutcome.eu/images/Echoutcome__Leaflet_Guidelines___final.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. O Poder Judiciário e sua independência: uma abordagem de direito comparado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 8, p. 121-149, jul./set. 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Tremarin. **Sociological Jurisprudence e Realismo Jurídico** – a Filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. No prelo.

FARBER, Daniel A. Rethinking the role of cost-benefit analysis. **Univeristy of Chicago Law Review**, Chicago, v. 76, p. 1361-1411, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1324388>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios**: do projeto de pesquisa à banca. Porto Alegre: Notadez, 2008.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo comunitarismo. Tradução de Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANK, Robert H. Why is cost-benefit analysis so controversial? **Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 4, jun. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=231110>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

FRASER, Eric M. et al. The jurisdiction of the D. C. Circuit. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, v. 23, p. 131-155, 2013. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu/research/JLPP/upload/Fraser-et-al-final-3.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 223-241, jun. 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 5, n. 6, p. 8-26, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

G1 GO. Primeiro transporte de cargas deve ser feito na Ferrovia Norte-Sul, em GO. **Globo**, 09 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/12/primeiro-transporte-de-cargas-e-realizado-na-ferrovia-norte-sul-em-go.html>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

GALBRAITH, John Kenneth. **The good society**. New York: Houghton Mifflin Company, 1996.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger: um clássico da filosofia jurídica e política. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez./jan. 2007.

GOLDBERG, Daniel K. Controle de políticas públicas pelo judiciário: Welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Orgs.). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. p. 43-82.

GORDON, Jeffrey N. The empty call for benefit-cost analysis in financial regulation. **Journal of Legal Studies**, Columbia Law and Economics, Accepted Paper n. 464, 2014. Disponível em: <http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/millstein-center/cle_reading_panel_4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GRAHAM, John D. Saving Lives Through Administrative Law and Economics. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 157, p. 395-540, 2008. Disponível em: <<https://www.pennlawreview.com/print/old/Graham.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GRAHAM, John D.; WIENER, Jonathan Baert. **Risk versus risk: tradeoffs in protecting health and the environment**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A divergência transatlântica no pensamento jurídico**: o direito e economia norte-americano vs. o doutrinalismo alemão. Tradução de Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers. 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court**: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Sérgio. Função normativa das agências reguladoras: uma nova categoria de direito administrativo? **Revista do Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 131-152, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a07v7n1.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2015.

HAMMITT, James K. Implications of the WTP-WTA disparity for benefit-cost analysis. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, v. 6, n. 1, p. 207-216, 2015. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=BCA>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

HANINGER, Kevin; HAMMIT, James K. **Willingness to pay for quality-adjusted life years**: empirical inconsistency between cost-effectiveness analysis and economic welfare theory. Center for Risk Analysis, Harvard University, p. 1-24, fev. 2006. Disponível em: <http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2006/hammitt.pdf>. Acesso em 03 dez. 2015.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>. Acesso em: 25 dez. 2015.

HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. **American Economic Review**, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

HEINZERLING, Lisa; ACKERMAN, Frank. Cost-benefit analysis of environmental protection. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 150, p. 1553-1584, 2002. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol150/iss5/6>. Acesso em: 15 dez. 2015.

HOEFNER, Dietrich. MATS Is Dead, Long Live MATS – TheMichigan v. EPA Decision on Mercury and Air Toxics Standards. **The National Law Review**, 07 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.natlawreview.com/article/mats-dead-long-live-mats-michigan-v-epa-decision-mercury-and-air-toxics-standards>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

INGLATERRA. **The Behavioural Insights Team**. Disponível em: <<http://www.behaviouralinsights.co.uk/>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: beyond rights review. **Administrative Law Review**, v. 66, n. 1, p. 1-72, abr. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2419994>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

KAHNEMAN, Daniel et al. A survey method for characterizing daily life experience: the day reconstruction method. **Science**, v. 306, n. 5702, p. 1776-1780, 03 dez. 2004.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Traduzido por Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAUFMAN, Bruce Evan. Some coasian problems with posnerian law and economics. **Andrew Young School of Policy Studies Research**, Working Paper 2001-12-1, dez. 2011. Disponível em: <http://uwrq.gsu.edu/files/2014/01/11-12-1_Kaufman-CoasianProblemswithPosnerianLaw.pdf>. Acesso em: 08 set. 2015.

KELMAN, Steven. Cost-benefit analysis: an ethical critique. In: GLICKMAN, Theodore; GOUGH, Michael (Orgs.). **Readings in Risk**. Washington: Resources for the Future, 1990, p. 129-136. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1981/1/v5n1-7.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

KRUTILLA, Kerry; GOOD, David H.; GRAHAM, John D. Uncertainty in the cost-effectiveness of federal air quality regulations. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, v. 6, n. 1, p. 66-111, 2015. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=9668888&fileId=S219458881500007X>>. Acesso em 07 maio 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Traduzido por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. Crowdsourcing and regulatory reviews: a new way of challenging red tape in British government? **Regulation & Governance**, v. 9, n. 1, p. 30-46, mar. 2015. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12048/pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Traduzido por Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

MASUR, Jonathan; BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher. **Happiness and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 2014.

MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Against feasibility analysis. **University of Chicago Law Review**, v. 77, p. 657-716, 2010. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2785&context=journal_articles>. Acesso em: 24 dez. 2015.

MASUR, Jonathan; POSNER, Eric. Climate regulation and the limits of cost-benefit analysis. **California Law Review**, v. 99, p. 1557-1600, dez. 2011. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol99/iss6/3>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, José Vicente. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-70-avaliacao-de-impacto-legislativo-no-brasil>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

MILL, John Stuart. **On liberty and other essays**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MISHAN, E. J.; QUAH, Euston. **Cost-benefit analysis**. 5. ed. New York: Routledge, 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, n. 7, p. 65-75, 2000.

MOELLERS, Christoph. **The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MOORE, Frances C.; DIAZ, Delavane B. Temperature impacts on economic growth warrant stringent mitigation policy. **Nature Climate Change**, v. 5, p. 127-131, 2015. Disponível em: <<http://www.nature.com/nclimate/journal/v5/n2/full/nclimate2481.html>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

MOORE, Michael J.; VISCUSI, W. Kip. The quantity-adjusted value of life. **Economic Inquiry**, v. 26, n. 3, p. 369-388, jul. 1988. Disponível em: <https://law.vanderbilt.edu/files/archive/071_Quantity-Adjusted_Value_of_Life.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MORIMOTO, Risako; HOPE, Chris. Applying a cost-benefit analysis model to the Three Gorges project in China. **Impact Assessment and Project Appraisal**, v. 22, n. 3, p. 205-220, 01 set. 2004. Disponível em: <https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/workingpapers/wp0301.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Building an institutional framework for Regulatory Impact Analysis (RIA):** guidance for policymakers. Paris: OCDE, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do conselho sobre política regulatória e governança.** Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory policy outlook.** Paris: OCDE, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264238770-en>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Relatório sobre a reforma regulatória – Brasil:** fortalecendo a governança para o crescimento. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2064390.PDF>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum.** 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 18 dez. 2015.

PARGENDLER, Mariana; MEYERHOF SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

PERCIVAL, Robert V. et al. **Environmental regulation: law, science, and policy.** 7. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional.** Traduzido por José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare.** 4. ed. London: Macmillan, 1932.

PILDES, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Reinventing the regulatory state. **University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 1, p. 1-129, 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1600132>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PORTER, Theodore M. **Trust in numbers**: the pursuit of objectivity in science and public life. Princeton: Princeton University Press, 1995.

POSNER, Eric A. Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective. **University of Chicago Law Review**, v. 68, p. 1-51, 2001. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/119.EP_.ControllingAgencies.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2015.

POSNER, Eric A. **Obama's cost-benefit revolution**. 2011. Disponível em: <<http://www.newrepublic.com/article/81990/obama-cost-benefit-revolution>>. Acesso em: 20 maio 2015.

POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Cost-benefit analysis of financial regulations: a response to criticisms. **Yale Law Journal**, v. 124, p. 246-262, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/cost-benefit-analysis-of-financial-regulations>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

POSNER, Richard A. A theory of negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 1, p. 29-96, 1972. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3089&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

POSNER, Richard A. **Catastrophe**: Risk and Response. New York: Oxford University Press, 2004.

POSNER, Richard A. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. S2, p. 1153-1177, 2000.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Traduzido por Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2014.

POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Boston: Harvard University Press, 2004.

POSNER, Richard A. Guido Calabresi's 'the costs of accidents': a reassessment. **Maryland Law Review**, v. 64, p. 12-23, 2005. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2874&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

POSNER, Richard A. **Justice Scalia's Majoritarian Theocracy**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/12/03/opinion/justice-scalias-majoritarian-theocracy.html?_r=0>. Acesso em: 25 jan. 2016.

POSNER, Richard A. Strict Liability: A Comment. **Journal of Legal Studies**, v. 205, p. 205-221, 1973. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3433&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

POSNER, Richard A. The economic approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, p. 757-782, 1975. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

POSNER, Richard A. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 243-252, mar. 1980.

POSNER, Richard A. Values and consequences: as an introduction to economic analysis of law. **University of Chicago Law School**, n. 53, p. 1-13, 1998. Disponível em: <http://m.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

POSNER, Richard A.; LANDES, William M. The Positive Economic Theory of Tort Law. **Georgia Law Review**, v. 15, p. 851-924, 1980. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2548&context=journal_articles>. Acesso em: 15 dez. 2015.

PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. **Democracy: A Journal of Ideas**, n. 23, 2012. Disponível em: <<http://democracyjournal.org/magazine/23/the-roberts-court-v-america/>>. Acesso em: 28 jan. 2016.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília: Anvisa, 2009. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/public/Regulacao.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

RAWLS, John. Justice as fairness: political not metaphysical. **Philosophy and Public Affairs**, v. 14, n. 3, p. 223-251, 1985. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/RawlsJustice.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REVESZ, Richard L. et al. Global warming: Improve economic models of climate change. **NATURE – International Weekly Journal of Science**, v. 508, p. 173-175, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.nature.com/news/global-warming-improve-economic-models-of-climate-change-1.14991>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. Retaking rationality two years later. **Houston Law Review**, v. 48, n. 1, p. 1-41, 2011. Disponível em: <[http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/48-1_pdf/\(1\)Revesz.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/48-1_pdf/(1)Revesz.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2015.

REVESZ, Richard L.; LIVERMORE, Michael A. **Retaking rationality**: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ROBBINS, Lionel Charles. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan, 1932. Disponível em: <<https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. **Faculty Scholarship Series**, Paper 598, p. 341-368, 1988. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/598>. Acesso em: 15 dez. 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting cost-benefit analysis in its place: rethinking regulatory review. **Faculty Scholarship Series**, Paper 4156, p. 335-356, 2011. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4156>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SACHS, Jeffrey D. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 01-32.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: texto escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório**: uma abordagem exploratória. Brasília: IPEA, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1463.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Traduzido por Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. **Liberalism and the limits of justice**. New York: Cambridge University Press, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 11, n. 44, p. 249-274, out./dez. 2013.

SEELYE, Katharine Q.; TIERNEY, John. EPA Drops Age-Based Cost Studies. **The New York Times**, New York, 08 maio 2003. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2003/05/08/us/epa-drops-age-based-cost-studies.html?pagewanted=all>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SEN, Amartya. The discipline of cost-benefit analysis. **Journal of Legal Studies**, v. 29 (S2), p. 931-952. Disponível em: <http://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/3444801/Sen_DisciplineCost-Benefit.pdf?sequence=2>. Acesso em: 04 mar. 2015.

SEN, Amartya. The welfare basis of real income comparisons: a survey. **Journal of Economic Literature**, v. 17, n. 1, p. 1-45, mar. 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2723639>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SHAPIRO, Sidney A.; GLICKSMAN, Robert L. **Risk regulation at risk: restoring a pragmatic approach**. Stanford University Press, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=338120>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SILVA, Fernando Quadros da. **Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SIMPSON, Paul. The Paris Agreement: a new compass for business. **Carbon Disclosure Project – CDP**, 12 dez. 2015. Disponível em: <<http://blog.cdp.net/the-paris-agreement-a-new-compass-for-business/>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

STIGLITZ, Joseph E. The Economics Behind Law in a Market Economy: Alternatives to the Neoliberal Orthodoxy. In: STIGLITZ, Joseph E.; KENNEDY, David. (Orgs.). **Law and Economics with Chinese Characteristics**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 153-186.

SUNSTEIN, Cass R. Are poor people worth less than rich people? Disaggregating the value of statistical lives. **John M. Olin Program in Law and Economics Working**, Paper n. 207, 2004. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1062&context=law_and_economics>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Cognition and cost-benefit analysis. **John M. Olin Program in Law and Economics Working**, Paper n. 85, 1999. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=law_and_economics>. Acesso em: 05 maio 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. New York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Cost-benefit analysis and the knowledge problem**. Cambridge: Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, 2015. Disponível em: <http://www.ksg.harvard.edu/index.php/content/download/74034/1678745/version/1/file/RPP_2015_03_Sunstein.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms. University of Chicago. **Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 149, 2007. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1076&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Financial regulation and cost-benefit analysis. **Yale Law Journal**, v. 124, n. 263, p. 270-275, 2015. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/forum/financial-regulation-and-cost-benefit-analysis>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Lives, life-years, and willingness to pay. **Columbia Law Review**, v. 104, n. 1, p. 205-252, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4099352>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Thanks, Justice Scalia, for the Cost-Benefit State**. 2015. Disponível em: <<http://www.bloombergview.com/articles/2015-07-07/thanks-justice-scalia-for-the-cost-benefit-state>>. Acesso em 18 de jan de 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **The cost-benefit state**: the future of the regulatory protection. Chicago: ABA Book Publishing, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. The limits of quantification. **California Law Review**, v 102, n. 6, p. 1369-1422, 2014. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4265&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. The office of information and regulatory affairs: myths and realities. **Harvard Law Review**, v. 126, n. 1838, p. 1838-1878, 2013. Disponível em: <http://thecre.com/pdf/20130523_vol126_sunstein.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. The real word of cost-benefit analysis: thirty-six questions (and almost as many answers). **Columbia Law Review**, v. 114, n. 1, p. 167-211, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23561205>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life**: humanizing the regulatory state. Chicago: Chicago University Press, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Worst-case scenarios**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

SUNSTEIN, Cass R.; ROWELL, Arden. On discounting regulatory benefits: risk, money, and intergenerational equity. **The University of Chicago Law Review**, v. 74, p. 171-208, 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.1/74_1_Sunstein_Rowell.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Libertarian administrative law. **University of Chicago Law Review**, v. 82, p. 393-473, 29 jun. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2460822>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Alaska Dept. of Environmental Conservation v. EPA**, 540 U. S. 461, 487 (2004).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Brown v. Board of Education**, 347 U.S. 483 (1954).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.**, 467 U.S. 837 (1984).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services**, 489 U.S. 189 (1989).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.**, 556 U.S. 208, 222 (2009).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **EPA v. EME Homer City Generation, L.P.**, 134 S. Ct. 1584, 1607 (2014).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Exxon Shipping Co. v. Baker**, 554 U.S. 471 (2008).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 (1905).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Michigan v. Environmental Protection Agency**, 135 S. Ct. 2699 (2015).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.**, 463 U.S. 29, 43 (1983).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Obergefell v. Hodges**, 576 U.S. (2015).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Whitman v. American Trucking Associations, Inc.**, 531 U.S. 457 (2001).

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, Boston, v. 7, p. 1-30, 1893.

TOMAIN, Joseph P., CUDAHY, Richard D. **Energy Law in a Nutshell**. St. Paul, MN: West Publishing, 2011.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Directorate-General Regional Policy. **Guidance on the Methodology for Carrying out Cost-Benefit Analysis Working: Working Document**, n. 4, p. 1-23, ago. 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/2007/working/wd4_cost_en.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

UNITED KINGDOM. National Institute for Health and Clinical Excellence. **Guide to the methods of technology appraisal**. 2013. Disponível em: <<http://www.nice.org.uk/article/pmg9/resources/non-guidance-guide-to-the-methods-of-technology-appraisal-2013-pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Mortality risk valuation guidelines**. 2015. Disponível em: <<http://yosemite.epa.gov/ee/epa/eed.nsf/pages/MortalityRiskValuation.html#pastvsl>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Technical addendum: methodologies for the benefit analysis of the clear skies act of 2003**. 2003. Disponível em: <http://archive.epa.gov/clearskies/web/pdf/tech_addendum.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

UNITED STATES. Office of Management and Budget. **Circular A-4: regulatory analysis**. Washington: OBM. 2003. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2015.

UOL ECONOMIA. Economia brasileira cresce 0,1% em 2014, pior resultado em 5 anos, diz IBGE. **UOL**, São Paulo, 27 mar. 2015. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/03/27/pib-2014.htm>>. Acesso em: 12 out. 2015.

VISCUSI, W. Kip. Reference-dependence effects in benefit assessment: beyond the wta-wtp dichotomy and wta-wtp ratios. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, v. 6, n. 1, p. 187-206, 2015. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/abstract_S2194588815000032>. Acesso em: 02 dez. 2015.

VISCUSI, W. Kip; ALDY, J. E. The value of a statistical life: a critical review of market estimates throughout the world. **Journal of Risk and Uncertainty**, v. 27, n. 1, p. 5-76, ago. 2003. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w9487.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. Belo Horizonte: Interesse Público, 2009.

ZAMIR, Eyal; MEDINA, Barak. **Law, economics and morality**. New York: Oxford University Press, 2010.