

A AVALIAÇÃO DE IMPACTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: É POSSÍVEL CONTROLE JUDICIAL?



Adriana da Costa Ricardo Schier¹

A concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito tem como premissa a realização dos direitos fundamentais, necessitando da atuação do poder público e, assim, da Administração Pública. Contudo, a atuação administrativa é previamente delimitada pelas políticas públicas estabelecidas pelo Estado. Ou seja, as políticas públicas englobam regras de decisão e distribuição de recursos dentro do Estado, definindo as prioridades de atuação do poder público.

¹ Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). Estágio Pós-Doutoral em Direito Público pela PUC-Pr (2018). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil - na Graduação, no Mestrado e Doutorado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST, líder da linha de pesquisa Direito Administrativo e Estado Sustentável DAES. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo e da Rede de Direito e Políticas Públicas. Presidente da Comissão de Estudos em Fomento e Poder de Polícia do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Vice-Presidente da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento da OAB-Seccional Paraná. Advogada e Consultora. E-mail: adrianadacostaricardoschier@gmail.com Orcid: 0000-0003-0094-4231 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1577207769232336>



Cecília Basilio Beltrame²

Conseqüentemente, nasce a necessidade de um mecanismo de controle ex ante, com a produção de um documento denominado de Avaliação de Impacto, ferramenta de tomada de decisão, voltada a um juízo de antecipação de resultados, permitindo conectar políticas públicas no ambiente de planejamento, verificando se os fins desejados são viáveis e estão conectados aos instrumentos de sua execução. Tal análise é realizada antecipando riscos e averiguando se tais opções vigoram em favor dos objetivos do Estado, conforme art. 3º da CRFB, com suporte no art. 20, Parágrafo único, da LINDB.

Palavras-chave: políticas públicas; direitos fundamentais; avaliação de impactos; princípios da prevenção e precaução.

² Graduanda de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6321714976202383>; E-mail: aceciliabasilio@gmail.com ORCID: 0009-0008-2308-029X

INTRODUÇÃO

A título de introdução para uma compreensão das políticas públicas e da necessidade de Avaliação de Impactos.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, com a conformação adotada pela Constituição da República de 1988, a forma mais eficaz para a resolução das crises que são enfrentadas no campo de efetivação dos direitos fundamentais é a instrumentalização e aperfeiçoamento das políticas públicas. No entanto, para que tais planos de ação do poder público cumpram seu desiderato, dentre tantos outros fatores é necessário que ocorra o devido controle, seja pelos agentes públicos, seja pela sociedade.

No cenário nacional, constata-se que a atuação controladora acaba-se focando nos resultados de tais políticas, limitando-se, diuturnamente, ao controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos administrativos inseridos no bojo da atuação do poder público.

O problema que se apresenta nesta seara, contudo, é o fato de que a ausência de controle ex ante poderá comprometer a qualidade da atuação estatal. Seja na ineficiência das soluções encontradas pelo poder público para o atendimento das demandas em concreto, seja na ausência de um planejamento adequado, que permita evitar consequências danosas, a não utilização de instrumentos jurídicos que possam dar concretude aos princípios da precaução e da prevenção aumenta significativamente o risco de falhas e consequências indesejadas. Por tais razões, a hipótese adotada na presente pesquisa é a de que a avaliação ex ante de políticas públicas, também conhecida como Avaliação de Impacto, poderá contribuir para um ambiente de maior eficácia da ação estatal, colaborando para evitar riscos e resultados que possam comprometer a realização dos direitos fundamentais.

Partindo-se desta hipótese, importa delinear que, no presente artigo, entende-se por política pública "um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados." (Bucci, 2013, p. 32). Trata-se de um conjunto de ações estatais coordenadas, que decorrem de decisões de determinada comunidade, partindo de premissas jurídicas e de caráter reflexivo, sendo estruturadas em volta do planejamento, vinculando-se à utilização de instrumentos da Administração Pública e a

metas desejáveis, sobretudo voltadas à realização de direitos fundamentais (Bitencourt; Reck, 2021).

Ainda em termos de considerações gerais é vital mencionar que a agenda¹ das políticas públicas está intrinsecamente ligada ao cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Com isso, apresentam-se como o meio pelo qual o Estado e a sociedade podem concretizar a promessa constitucional de inclusão social de forma contínua (Salgado, 2015).

A Constituição da República possui uma agenda pré-estabelecida, desde seu art. 3º, ao estabelecer que são objetivos do Estado construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização. Impôs, ainda, o constituinte originário, o dever do Estado de reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Além desses, foram trazidos no texto outros tantos outros dispositivos que impõem ao Estado brasileiro tais programas de ações em áreas como a saúde, a educação e a moradia, por exemplo.

Logo, por se referirem, as políticas públicas, à forma de enfrentamento de problemas relacionados a áreas absolutamente sensíveis ao desenvolvimento e à cidadania, é essencial que todas as instâncias institucionais envolvidas em sua formulação evidenciem que a opção apresentada é admissível – do ponto de vista jurídico. Também deve ser demonstrada sua viabilidade em face da perspectiva do alcance dos resultados esperados para atender à demanda objeto da política pública em específico. Também deverá ser demonstrada sua eficiência, inclusive no que se refere ao dispêndio de recursos públicos.

Além disso, devem ser embasados os impactos esperados, a partir de um juízo de evidências empíricas, juntamente com o desenho de um plano para evidenciar a forma como serão enfrentados tais impactos. Finalmente, é preciso que sejam justificadas as opções tomadas como sendo as melhores para o atendimento dos direitos fundamentais em concreto. Essas são as linhas mestras que norteiam a edição deste documento denominado de Avaliação de Impacto (o instrumento do controle ex ante), que permitirá, então, o controle prévio à edição das políticas públicas.

Este é o objeto de investigação da presente pesquisa, que se utilizando do método hipotético-dedutivo, embasando-se na análise de doutrina e decisões dos Tribunais Pátrios, será desenvolvido em 2 itens, a partir desta introdução. No primeiro, buscar-se-á tratar do estado da arte em relação ao instituto da

¹ Quando se menciona o termo agenda, em relação às políticas públicas, refere-se ao conjunto de temas que possuem atenção prioritária dos agentes formuladores de tais políticas. Trata-se, em suma, dos problemas considerados prioritários a serem enfrentados pelo poder

público. Ver, nesse sentido, a obra de RECK, Janriê. **O direito das políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 36 e ss.

avaliação *ex ante*. Na sequência, procurar-se-á apontar a relevância dos princípios da prevenção e da precaução, no âmbito da formulação de políticas públicas, buscando-se demonstrar de que maneira a avaliação ex ante permite a densificação de tais princípios. Por fim, no segundo item serão trazidas ao debate a possibilidade de nulidade dos atos administrativos em que se consubstanciem as políticas públicas em face das previsões da LINDB, permitindo-se, inclusive, a judicialização de tal temática.

Pretende-se demonstrar, ao fim, que a agenda administrativa do Brasil deve dar relevância ao planejamento e à análise dos impactos, que envolve a estimativa dos efeitos, sendo eles diretos ou indiretos, na formulação das políticas públicas, uma vez que essas são consideradas programas essenciais do Estado Constitucional. O principal objetivo é garantir, de forma eficaz, mediante o uso do mecanismo de avaliação ex ante a realização de prioridades definidas de forma fundamentada, para assegurar a efetividade no cumprimento dos compromissos constitucionais.

1 A AVALIAÇÃO DE IMPACTO NO ÂMBITO DA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A avaliação *ex ante*, em estudo na presente investigação, deverá estar inserida no ciclo das políticas públicas. Neste sentido, tem-se que a criação de uma política pública se inicia com a identificação de um problema que exige intervenção estatal e com o reconhecimento de tal relevância pelos atores competentes, em compatibilidade com os direitos plasmados no ordenamento jurídico (agenda). A partir daí dá-se a sua formulação, fase na qual serão elaboradas propostas para lidar com os problemas identificados. Posteriormente, ocorre a tomada de decisão entre as diferentes alternativas apresentadas.² Para informar os agentes sobre a melhor decisão a ser tomada é que deverá ser adotada a análise ex ante.

A análise ex ante, então, ocorrerá mediante a produção de ato administrativo denominado Avaliação de Impacto, que consiste em avaliar a coerência dos desafios identificados pelo Estado, juntamente com suas prioridades e objetivos correspondentes (EUROPEAN UNION, 2001).

Adotando-se como referencial a enunciação de Juarez Freitas entende-se por Avaliação de Impacto a "estimativa dos efeitos diretos e colaterais das providências de regulação, formulação ou implementação de políticas públicas" (2015, p. 117). O

foco principal de tal instituto é identificar os problemas e demandas, prevendo-se os possíveis impactos das decisões, estimando-se os benefícios esperados e os riscos envolvidos.

Inserir-se, assim, na esfera da formulação das políticas públicas e tal documento deverá ser produzido pelos setores técnicos de cada área referente ao objeto dos programas de ações em concreto.

Assim, a Avaliação de Impacto é crucial por diferentes fatores, incluindo: (i) a possibilidade de previsão de resultados, que irá permitir um planejamento mais eficaz por parte do gestor; (ii) o estabelecimento de preferências, fazendo com que a escolha entre diversas alternativas de instrumentos a serem adotados possua uma justificativa para sua seleção embasada em critérios técnicos pré-estabelecidos; (iii) a criação de uma etapa informativa, integrando o ciclo de políticas públicas com caráter formal; (iv) a verificação de consistência e coerência, garantindo que os programas associados consigam atender os objetivos propostos; (v) a orientação de decisões eficazes, assegurando que os recursos públicos sejam utilizados de maneira otimizada e, por fim, (vi) por permitir a análise dos possíveis riscos e resultados antes da implementação da política pública, garantindo que essa seja sustentável.

Com a adoção desse mecanismo, exige-se da autoridade que elabora a política pública o ônus argumentativo de demonstrar, a partir de juízos concretos e com base em evidências empíricas, que a solução adotada é pertinente ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e às consequências concretas que serão produzidas. Exige-se, portanto, que seja realizada uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas.³

A adoção deste instrumento, de avaliação ex ante, implica em criar uma etapa informativa durante o planejamento da política pública, anterior à tomada de decisão, momento no qual os órgãos técnicos envolvidos na elaboração da política em concreto deverão produzir o documento denominado de Avaliação de Impacto. Neste documento, então, deve-se verificar se os resultados pretendidos são capazes e eficientes para atender à demanda, incorporando um juízo preventivo a partir de uma análise de sustentabilidade multidimensional.⁴

Ao implementar a avaliação ex ante no processo de formulação de uma política pública, esta funciona como uma metodologia de decisão orientada para o futuro. A Avaliação de Impacto, assim, será

² Após esta fase, tem-se a implementação da política pública e posteriormente sua avaliação. Sobre o ciclo das políticas públicas, ver RECK, ref. 1, p. 99 e ss.

³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo et al. **Marco Legal das Agências Reguladoras** na Visão Delas. Belo Horizonte: Fórum, 2021

⁴ Para o conceito de sustentabilidade multidimensional, ver a obra de FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

dividida em duas partes. Na primeira, antecipam-se os resultados esperados pelos atores responsáveis pela formulação das políticas públicas. Neste particular deve-se demonstrar que os resultados estão conectados ao atendimento do problema que ensejou a edição da política pública, bem como aos objetivos que informam a atuação estatal. Já na segunda parte, deve ser estabelecida uma relação de preferência entre as opções possíveis, justificando a escolha da alternativa considerada desejável à luz do critério selecionado – que sempre deverá ser definido a partir da máxima realização dos direitos envolvidos na política em concreto.

E tudo isso permitindo-se, ainda, verificar a consistência de uma política e a coerência dos programas a ela associados, inclusive em face das demais políticas públicas em execução. O fundamento da análise *ex ante*, portanto, é orientar a decisão para que ela recaia sobre a alternativa mais efetiva, eficaz e eficiente (IPEA, p.13).

Na elaboração de tal documento, destarte, os problemas e as demandas deverão ser identificados, observando-se os objetivos, sujeitos, localização territorial, metas e resultados esperados. Em face da previsão de tais resultados, percebe-se que, apesar da Avaliação de Impacto ser um documento produzido na fase de elaboração da política pública, tal documento torna-se uma referência obrigatória para o seu controle posterior⁵. Este documento viabiliza analisar, a posteriori, se as opções adotadas estão compatíveis com os objetivos buscados, avaliando-se, constantemente, os impactos previstos e os resultados almejados, em cotejo com as finalidades constitucionais. Por tais razões pode-se perceber que a Avaliação de Impacto se apresenta como um guia a orientar a ação dos controladores a posteriori.

Nesse particular a Avaliação de Impacto assume demasiada importância. Tem-se, com ela, a delimitação dos objetivos que serão buscados com as medidas adotadas, oferecendo, aos agentes,

controladores, as balizas que delimitarão o controle a posteriori, contribuindo com a formação de ambiente de maior segurança jurídica ao gestor. Um ambiente em que será feita a avaliação de resultados em face do que o próprio gestor explicitou no momento de elaboração da política pública – e não com base no que o agente controlador entenda por mais oportuno ou conveniente.

Como principal aspecto da Avaliação de Impacto identifica-se a utilização de técnicas para quantificar e qualificar as alternativas viáveis, com o objetivo de fornecer à tomada de decisão evidências empíricas, permitindo que a escolha ostente cunho técnico e se aproxime do resultado ótimo (Valente, 2013, p. 29). Por esses motivos, a Avaliação de Impacto pode ser considerada como um instrumento capaz de garantir o estudo e a apreciação técnica de toda matéria, em um ambiente de segurança jurídica, de proporcionalidade em concreto, mediante motivação qualificada.

A Avaliação de Impacto foi elaborada, inicialmente, como requisito para autorizações relativas à intervenção no meio ambiente e como instrumento de informação ao poder público no âmbito da atividade regulatória. Com efeito, nos Estados Unidos da América adota-se tal mecanismo, em ambas as áreas, desde meados de 1970.⁶ A Avaliação de Impacto atualmente é adotada pela maior parte dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.⁷

No Brasil, a Avaliação de Impacto Ambiental, conhecida como AIA, foi criada como um dos elementos da Política Nacional do Meio Ambiente, editada pela Lei n. 6.938, de 1981. Desde então, tornou-se obrigatório realizar estudos prévios, embasados em critérios de análise técnica, com a finalidade de trazer parâmetros para o licenciamento ambiental em relação a atividades interventoras no meio ambiente.

No ambiente regulatório, por outro lado, a Avaliação de Impacto foi adotada apenas no atual século, pelas Agências Reguladoras.⁸ Talvez por esta razão, foi no Marco Legal das Agências Reguladoras, a Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019,

⁵ Na doutrina tradicional, a última fase do ciclo de políticas públicas é a fase de avaliação. Conferir, sobre o tema na obra de RECK, ref. 1, p.177.

⁶ Sobre o histórico de tais institutos na esfera internacional indica-se a leitura de: WIENER, Jonathan B.; RIBEIRO, Daniel L., *Impact Assessment: Diffusion and Integration*, in: BIGNAMI, Francesca; ZARING, David (Orgs.), **Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process**, [s.l.]: Edward Elgar, 2016; DE FRANCESCO, Fabrizio, **Transnational Policy Innovation: The OECD and the Diffusion of Regulatory Impact Analysis**, [s.l.]: ECPR Press, 2013; LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. (Orgs.), **The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy**, 1 edition. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2013.

⁸ A título de ilustração, o PRO-REG, instituído através do Decreto n.º 6.062, de 16 de março de 2007, é um programa de

fortalecimento da capacidade institucional para gestão e regulação, que já fazia referência à análise de impacto regulatório, motivo pelo qual as agências acabaram reiterando essa prática, ainda que de maneira não-vinculante e meramente opinativa, nos termos utilizados na Agência Nacional de Águas – ANA. Já a Resolução normativa n.º 798, da ANEEL, de 12 de dezembro de 2017: “Aprova a revisão da Norma de Organização ANEEL n.º 40, de 12 de março de 2013, que dispõe sobre a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) no âmbito da Agência. Art. 2.º Para os efeitos desta Norma, entende-se: I – Análise de Impacto Regulatório (AIR) é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.”

em seu art. 6º,⁹ que tal documento foi normatizado e passa a ser obrigatório que a expedição dos atos normativos seja precedida de análise de impacto regulatório, instrumento que será elaborado com informações e dados sobre os seus possíveis efeitos. Logo após a edição da Lei n. 13.848/2019 foi editada a Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Tal legislação, em seu art. 5º, também prevê a exigência de AIR sempre que houver proposta de edição ou alteração de atos normativos que sejam do interesse geral dos agentes econômicos ou dos usuários de serviços prestados.¹⁰ Nesse caso, a lei estende a obrigação aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal e impõe que tais atos devem conter informações e dados sobre os efeitos dos regulamentos de maneira a ser possível verificar a razoabilidade de seu impacto econômico.

Em 30 de junho de 2020 foi editado Decreto n. 10.411, tratando da Análise de Impacto Regulatório no âmbito das duas legislações precitadas. De acordo com referido Decreto, a Avaliação de Impacto Regulatório é um procedimento de avaliação prévia à edição dos atos normativos que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.¹¹

Reportando-se tal noção para o objeto de estudo na presente investigação, pode-se definir que a análise de impacto apresenta-se como um mecanismo de qualificação das medidas e atos produzidos na elaboração das políticas públicas e, como visto anteriormente, tem o condão de subsidiar as decisões, visando o alcance dos melhores resultados possíveis, permitindo, inclusive, “a mediação entre os diversos interesses por vezes contrapostos de agentes econômicos, consumidores e cidadãos usuários de serviços públicos.” (Coutinho, 2014, p. 146).¹²

Tomando-se de empréstimo o instituto regulado no âmbito das agências reguladoras, tem-se que a utilização da avaliação ex ante funciona, portanto, como um mecanismo de autocontrole da atividade discricionária dos gestores públicos na formulação das políticas públicas. Trata-se de um aperfeiçoamento do procedimento a ser adotado, que obrigatoriamente

vincula os gestores ao mundo dos fatos. Torna possível, ainda, através de uma motivação adequada, verificar

qual a decisão é mais necessária, a mais pertinente, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas.¹³

Em termos práticos, pode-se afirmar que há um aperfeiçoamento, ou ainda, a aplicação concreta do controle da discricionariedade técnica (Zancaner, 2017).¹⁴ Este controle deve balizar-se pela análise das opções postas no caso concreto, para que os atores responsáveis pela formulação da política pública possam realizar a melhor escolha. E a escolha mais vantajosa será aquela que alcançar os resultados mais sustentáveis, tanto na esfera social, quanto econômica, quanto ambiental.

Como não houve, ainda, a regulamentação para padronizar a edição de tal documento de Avaliação de Impacto no âmbito das políticas públicas, toma-se de empréstimo o procedimento adotado nas “Diretrizes Gerais da análise do Impacto regulatório”¹⁵

Em tal normativa, tem-se a previsão de 3 etapas. Na primeira, de análise e definição do problema, deverão ser colhidas informações de maneira a compreender as dificuldades que estão sendo enfrentadas em concreto, buscando suas causas e consequências. Devem ser identificados os objetivos pretendidos com a política a ser implementada e os riscos envolvidos em sua adoção.

Nesta fase deverão ser viabilizados instrumentos de participação popular, de maneira a que a sociedade possa ser ouvida quanto às suas reais necessidades, participando, inclusive, das sugestões de enfrentamento do problema objeto da política pública. Em geral esta participação ocorre mediante audiências e consultas públicas.¹⁶

Na sequência deve ser averiguada, pela equipe técnica responsável, a fundamentação legal que gravita em torno da temática. A partir daí torna-se possível a identificação das opções a serem adotadas, fase em que serão mapeadas diversas soluções possíveis para resolver o problema identificado.

Finalmente, a equipe técnica deverá realizar a comparação entre as opções possíveis,

⁹ Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

¹⁰ Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

¹¹ Art. 2º, I, do Decreto n. 10.411/2020.

¹² Ainda que tal reflexão tenha sido feita em referência à regulação, tem-se que pode ser aplicada corretamente em relação às políticas públicas.

¹³ Sobre a análise consequencialista do Direito ver, especialmente, POSNER, 2009 e POSNER, 2007 e, ainda, POGREBINSCHI, 2008.

¹⁴ No mesmo sentido, Flávio José ROMAN, 2017.

¹⁵ Disponível em https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em 05 de nov 2019

¹⁶ Sobre a participação popular, conferir a obra de RECK, ref. 1, p.197

momento em que serão avaliados os reflexos das várias alternativas visando a escolha da solução mais adequada, eficaz e sustentável para o atingimento do objetivo pretendido.

Posteriormente, devem ser examinados os possíveis impactos da adoção da política pública, prevendo-se e avaliando-se os riscos na adoção da solução sugerida.

Também deverá ser prevista a sua forma de acompanhamento, de controle e fiscalização dos resultados almejados.

Com tal procedimento espera-se que a Avaliação de Impacto forneça um prognóstico da situação, servindo como baliza a direcionar as soluções e as eventuais consequências da adoção da política pública, com o desenho que lhe foi dado.

Por certo, não se poderá admitir que a Avaliação de Impacto vinculará a tomada de decisão. Aqui, pelo princípio da deferência ao agente público competente, não se pode esvaziar o espaço de decisão política e, por isso, é possível admitir que o gestor poderá decidir (i) pela adoção da alternativa ou da combinação de alternativas sugerida no documento de Avaliação de Impacto ou (ii) pela necessidade de complementação do referido documento, ou, ainda, (iii) pela adoção de alternativa contrária àquela sugerida pelos setores técnicos.

Porém, a análise sistemática do ordenamento vigente impõe que, em sendo afastadas as sugestões trazidas pela equipe técnica, embasadas em juízo de evidência empírica, o ônus argumentativo do gestor será o de demonstrar o motivo pela qual a sugestão por ele adotada é melhor, ou mais adequada ao atendimento do interesse público. Esta é a interpretação que decorre do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, que será objeto do próximo item deste estudo.

Antes, todavia, cabe uma breve referência aos princípios da precaução e da prevenção, que ocupam lugar de destaque na Avaliação de Impactos das políticas públicas.

Com efeito, os atores responsáveis pela formulação das políticas públicas utilizar-se-ão do mecanismo da Avaliação de Impacto para dar concretude ao dever de prevenção e precaução, atuando previamente para evitar danos sociais, econômicos e ambientais em decorrência da adoção de suas determinações (Freitas, 2011, p. 310). Afinal, "não podem superestimar, nem subestimar os riscos reais, vedados os retrocessos" (Freitas, 2011, p. 269).

Tomando-se por simetria as prescrições do referido Decreto n. 10.411/2020, tem-se a referência expressa a tais princípios ao se estabelecer a

obrigatoriedade de que os entes observem a estimativa de custos diretos e indiretos que possam a ser sofridos ou custeados pelos agentes econômicos e pelos

cidadãos usuários dos serviços públicos e atividades econômicas reguladas.¹⁷

Adaptando-se tais prescrições às políticas públicas, tem-se que a equipe técnica, ao elaborar o documento de Avaliação de Impacto deverá prever os custos diretos e indiretos, assim como os riscos que poderão advir da adoção de uma ou outra opção adotada. Ou seja, conforme mencionado anteriormente, a análise de impacto tem por objetivo adotar medidas antecipatórias com intuito de prever riscos, além de analisar se determinada política pública é consistente e seus programas relacionados são efetivamente coesos.

A distinção entre os princípios da prevenção e da precaução reside no fato de que o primeiro deles parte da ótica de experiências anteriores, que possibilitam traçar uma relação de causalidade entre a ação a ser executada e os resultados adversos. Neste, os riscos já são conhecidos e podem ser previstos com base em dados empíricos. Por outro lado, o segundo atua sob a perspectiva da incerteza, com riscos em abstrato.¹⁸ (Grey, 2013)

Evidencia-se também que a ausência de dados prévios sobre um risco em potencial não significa que ele não exista, que não ofereça aos cidadãos, à esfera econômica ou ao meio ambiente uma probabilidade de que existam danos ou perdas. Por isso, a análise de impacto deverá considerar não apenas a existência de um perigo (algo certo e provável), mas também a sua eventualidade, expondo os interessados às suas consequências potenciais.

Por isso, faz-se necessário que a Avaliação de Impacto ofereça informações suficientes para que a tomada de decisões estratégicas possa estar embasada, igualmente, nas medidas de prevenção que deverão ser adotadas.

De igual forma, o conjunto de escolhas do gestor, fundamentadas na Avaliação de Impacto, deverá avaliar igualmente as atividades para as quais não há conhecimento científico acerca dos riscos, adotando-se medidas de precaução (Bottini, 2006).

Na seara da Administração Pública deve-se reconhecer o dever de evitar, seja por ação ou omissão, quaisquer fatos que possam resultar em impactos presumivelmente adversos. Portanto, existe a obrigação de prevenir atividades potencialmente prejudiciais, medidas preventivas que devem ser adotadas com base em um julgamento de probabilidade em relação ao

¹⁷ Art. 2º, IV, do Decreto n. 10.411/2020.

¹⁸ Sobre o tema, conferir a obra de GREY, Natália de Campos. **A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o**

dever de motivação dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, v. 262, p. 179-198, Rio de Janeiro: FGV, 2013.

risco envolvido. Também se faz necessária a tomada de medidas proporcionais e previamente antecipadas, mesmo quando há incerteza acerca da produção de danos temidos.

De maneira crucial, é fundamental que os princípios da prevenção e precaução sejam incorporados na formulação e implementação de políticas públicas. Com a aplicação desses princípios, exige-se dos responsáveis pela formulação das políticas públicas uma ação cautelosa. O objetivo é evitar danos graves e potencialmente permanentes à sociedade. Estes são, em última análise, os propósitos almejados com a adoção do controle prévio das políticas públicas, foco desta investigação.

A aplicação do princípio da prevenção e precaução na análise de políticas públicas, portanto, permite antecipar os possíveis efeitos negativos a longo prazo, requerendo uma abordagem baseada em evidências, que permita identificar e mitigar os riscos antes que se tornem problemas irreversíveis.

Afinal, como bem ressalta Juarez Freitas, é preciso ultrapassar a incorreta compreensão de que “as políticas públicas seriam essencialmente programas de governo, implementáveis sem o estudo científico acerca de antecipáveis efeitos diretos e oblíquos (sociais, ambientais e econômicos).” Ao contrário, deverão ser “balanceando critérios e comparando custos e benefícios (de agir ou de não agir), na perspectiva de uma motivação racional (consistente e congruente) das escolhas efetuadas, ao oposto dos que apostam no domínio irremediável do irracionalismo político.” (Freitas, 2015, p. 116).

A Análise de Impacto proporciona, então, uma abordagem sistemática para a tomada de decisões, sendo baseada em evidências empíricas e técnicas, ajudando não apenas a prever os possíveis efeitos das políticas, mas também a avaliar sua eficácia e eficiência, antes de ocorrer a sua implementação.

Além disso, a Avaliação de Impacto permite fornecer balizas para o gestor tomar a melhor decisão também em face do princípio da eficiência.

Não é novidade sustentar que as políticas públicas devem ser orientadas por tal princípio, buscando o melhor aproveitamento dos recursos estatais. Por certo, não se adota no presente estudo uma análise economicista, não se admitindo que sua incidência será definida apenas pela relação menor custo financeiro, maior benefício. Pautando-se nas lições de Emerson Gabardo, tem-se que a eficiência vincula o administrador na procura pelo melhor

aproveitamento estatal, pautada por uma prospecção pelo ótimo, “entendido no sentido mais abrangente possível, de forma a representar um ideal de qualificação estrutural e funcional” (Gabardo, 2002, p.

100). E por ideal de qualificação pode-se adotar a análise pautada pela busca pelo desenvolvimento em suas múltiplas dimensões.¹⁹

Partindo-se dessa delimitação tem-se que o documento de Avaliação de Impacto, ao estabelecer um comparativo entre as soluções possíveis a serem adotadas no âmbito de uma política pública, permite que a decisão tomada seja aquela apta a produzir o melhor resultado, o fim ótimo capaz de realizar de maneira mais ampla e universal os compromissos constitucionais.

Justifica-se, assim, a relevância de tal documento para incrementar a qualidade das decisões tomadas no bojo da formulação das políticas públicas. Porém, nesta seara não parece ser suficiente demonstrar ao gestor que é recomendável a adoção de um estudo técnico a embasar a edição de uma política pública. É preciso avançar e demonstrar que, juridicamente, a ausência da Avaliação de Impacto, nos moldes aqui delineados, vicia a política pública, tornando ilegais os atos administrativos dela decorrentes, por descumprimento expresso das prescrições do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, matéria que se enfrenta no próximo tópico.

2 A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A EXIGÊNCIA DA AVALIAÇÃO DE IMPACTO COMO DOCUMENTO OBRIGATÓRIO NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LINDB

A edição da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), consubstanciada na Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018, inaugura um novo paradigma hermenêutico no Direito Público Nacional. Com efeito, tal lei, ao repaginar a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, retratando uma maior aposta em instrumentos eficazes de gestão e controle, na busca do aprimoramento da gestão pública²⁰, em prol da boa administração²¹.

Tais desideratos parecem mais próximos de ser alcançados mediante dispositivos que impõem limites e ônus aos agentes administrativos, notadamente no que se refere à fundamentação de suas decisões, que deverão ser editadas em respeito à legislação, mas também conectadas ao chamado “Direito real”²².

¹⁹ Para termos de entendimento, deve-se analisar a obra de SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2019.

²⁰ MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. **A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista**. In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

²¹ Freitas, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²² Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. *Op. cit.*, p. 512.

Permite-se, assim, uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízos discricionários.

A partir de tais considerações compreende-se o motivo pelo qual é este o dispositivo que pode ser utilizado como fundamento para exigir-se do gestor público a elaboração da Avaliação de Impacto.

O art. 20, da LINDB, como se observa, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos –, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.

Nessa seara, despontam as previsões do art. 20, e seu parágrafo único:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Nos termos do referido dispositivo, então, impõe-se que a autoridade que decide atenda o ônus argumentativo que possa demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas²³. Exige-se, portanto, do agente, que se realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social econômica e ambiental em face das serem decisões adotadas²⁴.

Os autores que tratam do tema, em sua maioria, preocupam-se em afirmar que, apesar do teor do texto normativo, não se está admitindo a teoria consequentialista do Direito, fundada na doutrina de Posner, por exemplo²⁵. Sustentam que não há que se admitir o abandono dos referenciais normativos nas soluções propostas, mas tão somente buscar-se um devido processo legal decisório, interessado nos fatos,

em que seja possível, através da motivação, verificar se a decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas. Como advertem Floriano de

Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, exige-se do agente uma motivação que vai além do art. 50, da Lei n. 9.784/99, com o objetivo de permitir o controle de tais decisões²⁶. É a exigência, portanto, de uma rigorosa justificação, que impõe demonstrar que o ato administrativo é adequado inclusive diante de alternativas.

Busca-se, assim, o equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões. Esta é a essência do art. 20, Parágrafo único, da LINDB. Tal dispositivo diz respeito não só à fundamentação da decisão, mas também impõe que se atente para as suas consequências práticas.

Reportando-se tal normativa para o âmbito da formulação de políticas públicas tem-se, então, a obrigação legal que importa na produção da Avaliação de Impacto como fundamento da decisão do agente competente.

A sua não observância macula de validade a edição dos atos administrativos na seara das políticas públicas ensejando a declaração de sua nulidade, seja na esfera da própria Administração Pública, seja no âmbito do controle jurisdicional.²⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONTROLE E A DEFERÊNCIA AO GESTOR PÚBLICO NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O reconhecimento da necessidade de um controle ex ante de políticas públicas, consubstanciado no documento Avaliação de Impacto, é consequência da compreensão de que o administrador, ainda, que tenha reconhecida a deferência para a escolha dos meios de realização dos direitos fundamentais, no exercício da função pública, deverá fazê-lo de forma justificada, apreciando não só as circunstâncias concretas que impõe a construção da política pública, mas também as diversas possibilidades que se apresentam. Deverá além disso considerar as consequências práticas da decisão a ser tomada, bem como deverá ponderar sobre os riscos envolvidos nas soluções propostas.

Tais balizadas não só limitam o juízo de discricionariedade do administrador, mas também funcionam como limite ao agente controlador.

23 Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.

24 Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 20.

25 POSNER, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e POSNER, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e, ainda, POGREBINSCH, Thamy. A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o

Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

26 Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

27 Sobre a nulidade dos atos administrativos ver a obra clássica de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 36. ed., São Paulo, 2023, p. 350 e ss.

Com efeito, o documento Avaliação de Impacto fornece os parâmetros para a realização do controle, inclusive o controle de resultados.

Em face da incidência do art. 20, Parágrafo único, da LINDB, pode-se sustentar, inclusive, que uma

política pública que se consubstancie em atos que não foram apreciados em um documento de Avaliação de Impacto tem maculada sua validade, ensejando inclusive o controle judicial.

Assim, com a adoção da avaliação ex ante espera-se uma maior abrangência no que se refere ao controle de políticas públicas, sem trazer engessamento à gestão, mas delimitando responsabilidades. Com efeito, o Estado Democrático de Direito impõe que, diante de uma necessidade pública, a sociedade possa estar ciente de (i) quais são as escolhas políticas; (ii) quais são os instrumentos escolhidos para a efetivação de tais escolhas; (iii) quais são os resultados esperados; (iv) porque foram escolhidas essas e não outras opções e (v) se tais resultados estarão vinculados com o paradigma da sustentabilidade multidimensional.

Tais diretrizes, a partir do enfoque adotado na presente investigação pesquisa, permitirão a edição de políticas públicas eficientes e sustentáveis, direcionadas a compatibilizar a atuação do Estado com os objetivos traçados na Constituição da República e com os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 61, jul.-ago. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Avaliação de Políticas Públicas: Guia Prático de Análise ex-Ante. 1. ed. Brasília: Governo Federal, 2018.

BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Regulamenta a Análise de Impacto Regulatório de que

trata a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 jul. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jair Pereira. Reconfiguração do modelo de solução de conflitos à luz do constitucionalismo contemporâneo: processo e mediação no Estado Democrático de Direito. Fortaleza: Unifor, 2014.

DE FRANCESCO, Fabrizio. Transnational Policy Innovation: The OECD and the Diffusion of Regulatory Impact Analysis.: ECPR Press, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. São Paulo: Atlas, 2013.

EUROPEAN UNION. European Commission Budget. Ex Ante Evaluation: A Practical Guide for Preparing Proposals for Expenditure Programmes. Bruxelas, 2001.

FREITAS, Juarez. Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. Sequência (Florianópolis), jan. 2015.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2019.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade, Direito ao Futuro. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: 4 Dialética: 2002

GREY, Natália de Campos. A boa administração pública na proteção da fauna: considerados os princípios da prevenção e da precaução e o dever de motivação dos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo, v. 262, p. 179-198. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

LIVERMORE, Michael A.; REVESZ, Richard L. (Orgs.). The Globalization of Cost-Benefit Analysis in Environmental Policy. 1. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 36. ed., São Paulo, 2023

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, 2018.

POSNER, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

RECK, Janriê Rodrigues. O Direito das Políticas Públicas: Regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 66, out./dez. 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. Políticas públicas, inclusão social e desenvolvimento democrático. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, v. 2, n. 1, p. 91, jan./jun. 2015. Argentina: Universidad Nacional del Litoral.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. 1. ed. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo et al. Marco Legal das Agências Reguladoras na Visão Delas. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

VALENTE, Patricia Pessôa. Análise de impacto regulatório. Uma ferramenta à disposição do estado. Belo Horizonte: Forum, 2013.

WIENER, Jonathan B.; RIBEIRO, Daniel L. Impact Assessment: Diffusion and Integration. In: BIGNAMI, Francesca; ZARING, David (Orgs.). Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process.: Edward Elgar, 2016.

ZANCANER, Weida. Convalidação dos atos administrativos. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.