

Economic Analysis of Law Review

Análise de Impacto Regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação

Regulatory Impact Analysis: Economic Dimensions Of Its Application

Antônio José Maristrello Porto¹
Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio

Nuno Garoupa²
George Mason University

Sérgio Guerra³
Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio

RESUMO

A Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) emergiu como técnica regulatória para estimar os impactos de novas produções normativas ainda no curso de sua elaboração, ou de revisão de normas antigas. Embora se preconize neutralidade e tecnicidade destas análises de impacto, há de se reconhecer que mesmo nas metodologias mais sofisticadas para a sua realização há espaço para a ocorrência de desvios. Embora reconhecidas as potencialidades da AIR como ferramenta de melhoria regulatória, o presente artigo parte para o mapeamento de possíveis entraves ao seu uso ideal pelo ponto de vista da análise econômica. Com isto, pretende-se que, uma vez delimitados os possíveis desvios da aplicação de teorias econômicas na AIR, o regulador seja capaz de antever a manifestação destes problemas e agir para mitigar-lhes os efeitos, contribuindo para o aprimoramento do uso da AIR.

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório. Análise Econômica do Direito. Direito e Economia. Regulação.

JEL: K23

ABSTRACT

The Regulatory Impact Assessment (RIA) has emerged as a regulatory technique to estimate the impacts of new legislation or old regulatory standards. Although the neutrality and technicality of these impact assessments are advocated, even in the most sophisticated methodologies for its implementation there is room for subjectivity. While recognizing the potential of RIA as a tool for regulatory improvement, this article focuses on the mapping of possible barriers to its optimal use from the point of view of economic policy analysis. Once delimited the possible deviations of the application of economic theories in RIA, the regulator must be able to anticipate these problems and act on mitigating their effects, contributing to the improvement of the use of RIA.

Keywords: Regulatory Impact Analysis. Economic Analysis of Law. Law and Economics. Regulation.

R: 14/05/19 **A:** 17/06/19 **P:** 31/05/19

¹ E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

² E-mail: ngaroupa@gmu.edu

³ E-mail: sguerra@fgv.br

1. Introdução

A análise e avaliação de legislação na União Europeia têm estado no centro das decisões políticas desde, pelo menos, a Agenda de Lisboa, em 2000⁴. Compromissos públicos para aprimorar a legislação, reduzir encargos administrativos, eliminar burocracia, aumentar a segurança jurídica e fortalecer o Estado de Direito têm sido implementados em quase todos os Estados-membros.

Tentativas de atribuir maior racionalidade e procedimentalização aos processos decisórios da Administração Pública não constituem, contudo, um fim em si mesmo. A pretensão é alcançar bons níveis de governança regulatória dentro de uma instituição, o que pressupõe a atribuição de legitimidade ao processo por meio de procedimentos participativos, além de uma ênfase no planejamento e na busca de medidas que efetivem a política esperada, bem como uma correta prestação de contas como reforço e racionalidade do controle, social e institucional, por parte dos reguladores⁵.

Nestes termos, a análise de uma norma pode ser implementada, *a priori*, em qualquer instituição na qual haja produção normativa – o que inclui o Poder Legislativo e os Órgãos Reguladores dotados deste tipo de função.

Tendo em vista o fenômeno da regulação do Estado sobre a economia, foi desenvolvido no direito comparado um mecanismo que visa avaliar os impactos dessas decisões nos mercados regulados, denominado Análise de Impacto Regulatório (“AIR”). Trata-se de um instrumento voltado ao mapeamento das consequências positivas e negativas que podem advir da regulação de relevantes temas de um determinado setor ou matéria. A AIR constitui um mecanismo de auxílio aos reguladores, devendo ser utilizado quando se estiver discutindo a necessidade de se adotar ou não determinada regulação, seja em âmbito legislativo, seja em sede administrativa, que tenham um amplo espectro de incidência. A abrangência dos efeitos de uma decisão, a justificar o manejo de AIR, costuma estar prevista na legislação e ser atrelada a uma expressão monetária (*v.g.* decisões que aumentem os custos acima de um determinado valor), podendo, ainda, ter por consideração a quantidade de pessoas potencialmente atingidas com a normatização (agentes ou consumidores).⁶

Para fins deste artigo será discutida a AIR no âmbito das agências reguladoras que buscam efetivar uma “melhoria regulatória”. Este conceito remete ao desenvolvimento e institucionalização de processos transparentes e tecnicamente motivados, mais maleáveis, menos burocratizados e contrários à realização de análises *pro forma*⁷, sempre voltados à geração de incrementos regulatórios no contexto de um ambiente dinâmico, no intuito de trazer soluções efetivas aos problemas vigentes.

Mesmo sendo a AIR, hoje, considerada uma das maneiras mais sofisticadas para avaliar a conveniência de implantação de uma nova regulação ou política pública, por tratar-se de metodologia experimental, é prudente que esforços sejam empenhados para antever possíveis falhas em sua aplicação. Juristas já têm discutido alguns desdobramentos decorrentes desta nova

⁴Ver RADAELLI, C.. Better Regulation and the Lisbon Agenda, 2006, disponível em: <<http://socialsciences.exeter.ac.uk/politics/research/readingroom/radaelliBetterRegulation.pdf>>. Acesso em: 18.01.19.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 259.

⁶ GUERRA, Sérgio, SAMPAIO, Patrícia. *Análise de Impacto Regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação*. Rio de Janeiro: 2012, Editora JC, edição 145.

⁷ Para o cumprimento de mera formalidade, sem importância substancial.

técnica⁸, mas é importante que se faça uma análise também sob a ótica econômica, isto é, sobre as teorias econômicas das quais frequentemente se faz uso para conduzir uma AIR.

Há ligação intrínseca entre AIR e a teoria econômica. Assumiremos, no presente artigo, o entendimento de que a AIR estimula o aprimoramento de atos normativos e seus respectivos marcos regulatórios ao se pautar em ideais de eficiência, análise custo-benefício e pragmatismo jurídico, que serão mais bem explorados adiante.

A primeira seção deste artigo vem apresentar o que se espera de uma AIR bem estruturada, de forma que coadune com a sua missão de implementar melhorias regulatórias por meio da função normativa exercida por agentes reguladores. A segunda seção alerta para possibilidades de desvirtuamento deste instrumento, bem como para os possíveis desvios oriundos da eleição de determinadas teorias econômicas como ferramental estrutural de uma AIR. Este estudo leva à construção do entendimento de que, embora seja a AIR uma ferramenta altamente qualificada para gerar melhoria regulatória, não se trata de instrumento infalível.

1. Pretensões de uma Análise de Impacto Regulatório

A análise de impacto, ferramenta decisória de investigação de cenários e construção de soluções, foi concebida com o intuito de fornecer metodologia que permita avaliar as consequências atuais e futuras de uma determinada norma, sendo importante instrumento na formulação de políticas públicas⁹. O desempenho da função regulatória pelas agências reguladoras, por meio de seu poder normativo, permite que a política pública emanada da administração central seja pormenorizada e, tanto quanto possível, fielmente refletida na construção de um marco regulatório.

A regulação pode ser entendida também, portanto, como escolha¹⁰ ou função de definição dos meios pelos quais se alcançará os fins pretendidos nas políticas públicas¹¹. Neste sentido, a AIR poderá ser um aliado do regulador na construção da própria decisão regulatória, visto que a AIR se trata de um

⁸ O que suscitou, inclusive, discussões acerca da (im)possibilidade de revisão judicial das conclusões das AIRs. V., sobre esse assunto, BULL, Reeve; ELLIG, Jerry. Judicial Review of Regulatory Impact Analysis. Why Not the Best? Mercatus Working Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, March 2017.

⁹ KIRKPATRICK, Collin; PARKER, David. Regulatory Impact Assessment: an Overview. In: KIRKPATRICK, Collin; PARKER, David (coords.). Regulatory Impact Assessment: towards Better Regulation? Massachusetts: Edward Elgar, 2007, p. 1.

¹⁰ Trata-se de uma espécie de escolha administrativa que viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica, voltada à implementação de políticas públicas e à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. A escolha regulatória, de forma transparente, deve perseguir o equilíbrio sistêmico, adotando os mecanismos que permitam, sempre que necessário, a efetiva participação popular. Nas questões complexas, a regulação deve ser precedida e motivada com base em estudos prévios que apontem os custos e benefícios da escolha, demonstrando os seus efeitos prospectivos. cf. GUERRA, Sérgio. *Discrecionariade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 146.

¹¹ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira muito bem ilustra a fronteira entre regulação e políticas públicas: “No campo da regulação, as agências reguladoras possuem o papel de destaque na elaboração das políticas regulatórias e definição das decisões técnicas do setor regulado, permanecendo com os Poderes Executivo e Legislativo o papel de definição primária das prioridades e políticas públicas, que pautarão, inclusive, a atuação regulatória”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório. Forense, 2015. p. 243-244.

(...) 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 decisão¹².

Primeiramente, cumpre assumir a AIR como uma forma de estimular a edição de normas regulatórias e o aprimoramento de atos normativos já editados, normalmente pautada em ideais de eficiência, análise custo-benefício e pragmatismo jurídico¹³, instrumento que, tanto em Portugal quanto no Brasil¹⁴, ainda se situa em cenários sujeitos a aperfeiçoamentos.

Seguindo o modelo originalmente desenvolvido no Reino Unido e, depois, na Holanda, a AIR emergiu como uma técnica bastante utilizada para avaliar novos normativos, em particular aqueles sobre regulação e intervenção administrativa. Pode-se atribuir a uma série de razões o sucesso da AIR em relação a métodos alternativos de fundamentação de escolhas normativas: é mais completa do que uma simples Análise de Custo-Benefício (ACB); mais sistemática; mais transparente em relação a suas premissas e conclusões; mais fácil de ser compreendida e criticada e, atualmente, goza de alta padronização, o que permite comparações internacionais e frequentes atualizações¹⁵.

O desenvolvimento e a execução da AIR foi influenciado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por meio da publicação sobre a Reforma Regulatória contendo recomendações de boas práticas (1997)¹⁶, tendo evoluído de modo heterogêneo no contexto da União Europeia. Na verdade, alguns países foram incapazes, por diversas razões, de implementá-la por um longo período de tempo. Portugal, por exemplo, é um deles. Após um período experimental no início do século, mais nenhum estudo de AIR foi feito por acadêmicos, gestores ou servidores públicos em Portugal¹⁷. Alguns reguladores anunciaram uma intenção pública de implementar e executar a AIR na sua área de especialização, isto é, uma AIR setorial. Por exemplo, em 2015, a ANACOM (Agência Nacional de Comunicações) se dispôs a implementar a AIR até o ano de 2017¹⁸, a fim de avaliar os possíveis impactos das

¹² Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR, p. 10.

¹³ “A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória. Consiste num 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. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.” Guia Orientativo Para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>>. Acesso em: 14.05.19.

¹⁴ Estão predominantemente presentes ao longo do texto anedotas acerca das experiências de Brasil e Portugal, uma vez que são os países de origem e, portanto, de maior conhecimento, dos autores.

¹⁵ Ver GAROUPA, Nuno. Limites Ideológicos e Morais à Avaliação Econômica da Legislação, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 42/43: 83-102 (versão em português) & 79-97 (versão em inglês), 2006.

¹⁶ cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 29 abril 2019.

¹⁷ Com as exceções de ALMEIDA, M. T., BARROS, P. P. e GAROUPA, N. Avaliação Legislativa do Código do Procedimento Administrativo (CPA) - Deferimento Tácito (artº 108º), Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 30/31: 191-226, 2002, e BARROS, P.P. e GAROUPA, N.. Avaliação de Impacto de Normas – Efeitos Econômicos da Alteração do Artigo 81º do Código da Estrada, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 30/31: 135-182, 2002.

¹⁸ Conforme o Plano Plurianual de 2015-2017 da ANACOM, disponível em: < <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=381056>>. Acesso em: 18.01.19

medidas regulatórias¹⁹. Promessa idêntica foi feita pela Autoridade da Concorrência em 2016 com o objetivo de apresentar resultados em 2018²⁰.

De todo modo, é possível que esta morosidade tenha sido prejudicial para a produção legislativa do país, afinal, como de costume, palavras são produzidas mais facilmente que ações²¹. Tanto é assim que o Plano Plurianual (PPA) da ANACOM de 2017-2019²² não faz qualquer menção à AIR, tão falada no PPA anterior. Em 2019, até a presente data, também não se encontra nenhuma AIR publicada pela Autoridade da Concorrência²³. Acresce a existência de uma nova unidade governamental, criada em 2016, mas que ao final de mais uma legislatura (quatro anos) também não produziu nenhum documento público de avaliação legislativa prévia²⁴.

Aliás, infelizmente, a situação aqui exemplificada de Portugal não foi de forma alguma excepcional na União Europeia²⁵. Percebe-se, portanto, que a prática tem divergido bastante da intenção inicial²⁶, pois nem mesmo os reguladores conseguiram implementar uma AIR efetiva até os dias de hoje²⁷. Portugal ainda se encontra em estágio preliminar de implementação de AIR, depois de vinte anos de discussão metodológica, e ainda tem muito o que evoluir para que uma efetiva melhoria em políticas regulatórias seja implementada²⁸.

¹⁹ FERREIRA, Lurdes de Jesus Fernandes. Análise de impacto regulatório (AIR) : instrumento de reforma na regulação do ambiente e da energia". Dissertação de Mestrado. Universidade Técnica de Lisboa. Instituto Superior de Economia e Gestão, 2009.

²⁰ Ver:

<http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Políticas_Publicas/Paginas/AdCIMPACT2020.aspx>. Acesso em: 13.05.19.

²¹ Ver GAROUPA, Nuno. Improving Legislation – A Note of Pessimism, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 50: 153-160, 2009, e GAROUPA, Nuno e VILAÇA, G. V.. A Prática e o Discurso da Avaliação Legislativa em Portugal, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 44: 5-29, 2007.

²² Cf. documento disponível em: <https://www.anacom.pt/streaming/PPA2017_2019.pdf?contentId=1400342&field=ATTACHED_FILE>. Acesso em: 27.02.19.

²³ Encontram-se publicados alguns documentos de natureza econômica conceitual, mas nenhum corresponde a uma AIR propriamente dita. Sugerem-se *toolkits*, mas sem apresentação de uma AIR com medidas quantitativas, <http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Políticas_Publicas/Documents/Plano%20Estrat%C3%A9gico%20da%20AdC_Avalia%C3%A7%C3%A3o%20de%20Impacto%20Concorrencial%20de%20Pol%C3%ADticas.pdf>. Acesso em: 13.05.19.

²⁴ Ver: <<https://www.jurisapp.gov.pt/custa-quanto/>>. Acesso em 13.05.19.

²⁵ Claudio M. Radaelli (2009) Measuring policy learning: regulatory impact assessment in Europe, Journal of European Public Policy, 16:8, 1145-1164, DOI: 10.1080/13501760903332647

²⁶ Id.

²⁷ Disponível em: <<https://www.jurisapp.gov.pt/media/1020/ria-in-pt-final-draft.pdf>>. Acesso em: 27.03.2019

²⁸ Relatórios da OCDE apontam a existência de diversos métodos criados pelos seus países membros para avaliar melhorias de políticas regulatórias fundadas em AIR, como *guidelines*, análises qualitativas das AIR realizadas, indicadores de qualidade, dentre outros: “we (...) discuss five types of indicators: input indicators, process indicators, output indicators, intermediary outcome indicators, and final outcome indicators. Input – these are design activities, such as adopting consultation, the standard cost model for the reduction of administrative burdens, and impact assessment, or establishing a regulatory oversight body. The process of connecting the inputs and producing results. Typically, processes define the scope and extent of tools like impact assessment, how the standard cost model is going to be used in practice, and the standards for consultation and other regulatory activities. The output refers to the activities carried out in a given period, such as how many consultations or impact assessment took place in a year, whether individual consultations match the quality standards set in the system, and so on; Intermediary outcomes cover behavioral and cognitive change, considering how regulators and inspectors perceive regulation, and how citizens and the business community rate the regulatory efforts of the government. Data on inspections and enforcements also belong to this category. Finally, the causal chain should also show the effects of regulatory reform on final outcomes, such as number of new firms created”. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2_Radaelli%20web.pdf>. Acesso em: 27.03.2019

Em estágio semelhante se encontra a discussão no contexto brasileiro, por exemplo. No Brasil, particularmente, o tema em discussão ganha bastante relevância²⁹ diante do contexto geral da atividade regulatória do país, marcado pela demanda social por obtenção de resultados eficientes, a insuficiência da legalidade como elemento único à legitimação da atuação do poder público e a necessidade de que os resultados sejam atingidos com a melhor utilização de recursos possível.

Neste cenário destaca-se a atuação do Comitê Interministerial de Governança (CIG) que, no âmbito da União, recomendou a utilização das “Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para AIR” e do “Guia Orientativo para Elaboração de AIR”³⁰ pela Administração Pública Federal como um todo, visando à obtenção de melhores práticas de governança pública e regulatória.

De modo simplificado, tem-se que a finalidade de subsídio à tomada de decisão do Guia Orientativo é evidenciada à medida que se compreende a análise de impacto como um processo estruturado na forma das etapas abaixo, que são extensamente detalhadas neste guia (mas não serão tão amplamente investigadas neste artigo):

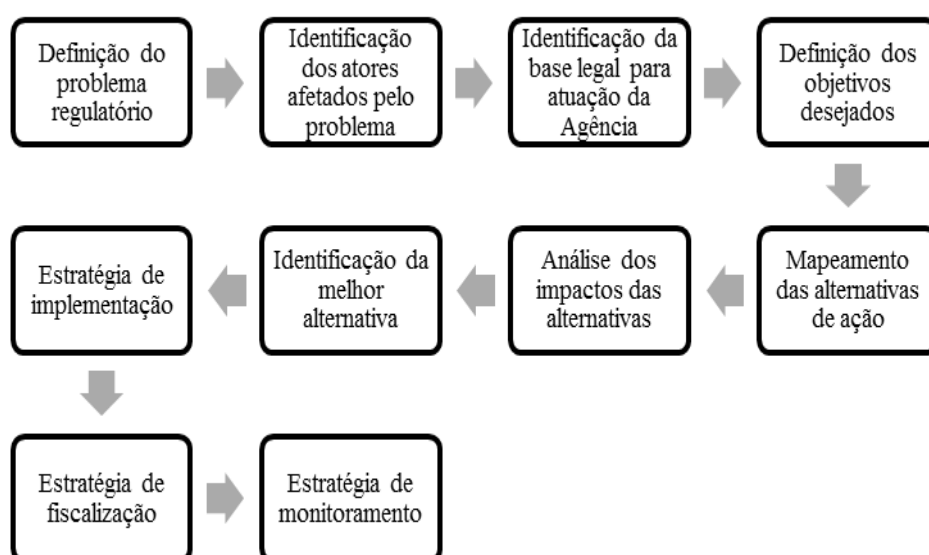


Figura 1 – Processo de Análise de Impacto Regulatório

Fonte: Guia Orientativo para elaboração de AIR – Casa Civil – Adaptação

As Diretrizes Gerais e o Guia Orientativo de AIRs se dispuseram a desenhar conceitos, etapas e padrões mínimos a serem observados na elaboração de uma Análise de Impacto Regulatório, pelo que apresentam os destaques de atenção e de recomendação com base nas melhores práticas regulatórias observadas no cenário internacional. Faz-se, nesses documentos, a distinção entre a Análise de Impacto Regulatório – AIR e a Avaliação de Resultado Regulatório – ARR, cada qual com suas funções, uma visando a subsidiar o processo de tomada de decisão (a

²⁹ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Por um Uso Abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. *Coluna Direito do Estado*. Nº 126, 2016.

³⁰ Guia Orientativo Para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/relatorio-consulta-publica-no-001.pdf>>. Acesso em: 14.05.2019.

AIR, de caráter *ex ante*) e, outras, objetivando avaliar os impactos e os resultados de uma política pública regulatória já implementada (a ARR³¹, de perfil *ex post*).

Segundo preconiza o Guia da Casa Civil, de modo sucinto, a AIR no caso brasileiro deverá se iniciar com a constatação da necessidade de identificar um problema regulatório e, a partir dessa identificação, da formulação de possíveis opções para resolver esse problema, se seguirá da análise das consequências e dos impactos que podem advir dessas opções³².

Quando a elaboração da AIR for cabível, esta se dará, em um primeiro momento, no que se denomina de AIR nível I, cujas informações mínimas a serem descritas no documento remetem ao sumário do que se pretende executar; a identificação do problema que se pretende solucionar através da regulação; a indicação dos grupos de controle que são ou podem ser afetados pelo problema objeto da AIR; a base legal que fundamenta a ação regulatória que se pretende desempenhar; os objetivos que se pretende alcançar (eficácia); a exposição dos possíveis impactos (efetividade); comparação das opções regulatórias concatenadas, o que permitirá o apontamento do porquê desta ou daquela escolha; descrição das estratégias de implementação e de monitoramento ou de fiscalização das soluções eleitas e; finalmente, além do nome dos responsáveis pela AIR, as contribuições e as manifestações obtidas a partir das contribuições da sociedade (consultas e audiências públicas, por exemplo) e demais interessados.

Além da AIR nível I, pode haver a AIR nível II, que será requerida nas hipóteses em que o problema que se pretende solucionar seja de considerável complexidade, a exigir que mais apontamentos sejam feitos, além daqueles exigidos por uma AIR de nível I. Assim, diante de problemas muito complexos ou impactos muito significativos, será preciso mapear como o cenário internacional encara problemas semelhantes; mensurar a extensão dos impactos calculados na AIR nível I e verificar o potencial benéfico ou danoso, em âmbito coletivo, para os consumidores e usuários de serviços públicos em geral e; a abordagem detalhada acerca dos riscos envolvidos e a repercussão destes para a sociedade^{33 34}.

³¹ Por sua vez, a ARR é, segundo o mesmo Guia e Diretrizes, o “*instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação*”. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR, p. 10.

³² A AIR, segundo as Diretrizes e o Guia da Casa Civil, pode ser dispensada em caso de urgência; de situações que não comportem alternativas regulatórias diferentes das já determinadas em Lei ou ato normativo superior ou; atos de baixo impacto notório. Vale salientar que, mesmo nestas hipóteses de AIR dispensável, isso não significa que não haverá um ARR, o que se justifica pelo caráter consequencialista do procedimento complexo – *ex ante* e *ex post* – de avaliação de impacto regulatório. Assim, mesmo que a AIR seja despendida em certos casos, o regulador precisará emitir uma Nota Técnica ou congêneres informando as razões pelas quais abriu mão da AIR, a fim de propiciar a identificação do problema e das opções regulatórias para subsidiar a futura ARR.

³³ “A própria expressão Análise de Impacto Regulatório pode gerar a falsa impressão de que a AIR se aplica somente a atos normativos produzidos pela Administração Pública, especialmente aquele segmento da Administração na qual houve expressa delegação de poderes normativos – caso das agências reguladoras. No Brasil, alguns autores referem-se à “regulação” como aquela atividade exercida exclusivamente por agências reguladoras, o que é um equívoco. Uma concepção abrangente de regulação abarca não só atos secundários – elaborados pelo Poder Executivo – como também primários – aprovados pelo poder legislativo. No limite, regulação pode abranger atos e decisões produzidos por atores não-estatais – a dita “regulação soft”, a qual foge, no entanto, ao escopo deste artigo. Além disso, a regulação abrange não só ações estatais traduzidas sob a forma de normas jurídicas que visam, em última instância, a ditar comportamentos, mas também ações que visam a induzir e estimular indiretamente comportamentos por meio de incentivos econômicos, autorregulação, dentre outras possíveis modalidades de técnicas regulatórias”. SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Direito do Estado - Seção Colunistas. 2016; Tema: Por um Uso Abrangente da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/natasha-salinas/por-um-uso-abrangente-da-analise-de-impacto-regulatorio-no-brasil>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Este guia não tem o condão de transformar a realidade brasileira, aqui utilizada de modo anedótico, rapidamente, mas ilustra a vontade da Administração (e dos administrados) em assumir uma feição mais gerencial e menos burocrática e, com isso, gerir os riscos sociais de suas escolhas públicas, tornando-se dialógica em vez de monológica³⁵ e ganhando, assim, maior transparência, *accountability* e responsividade³⁶. Vale mencionar que, durante a realização da AIR, há espaço para a ampla participação social, a fim de que possam ser coletadas sugestões, críticas e apontamentos colhidos *bottom-up*, dos regulados aos reguladores, por meio de consulta ou audiência pública, o que deverá integrar o processo de tomada de decisão – não necessariamente para acatar as contribuições da sociedade, mas obrigatoriamente para levá-las em consideração, seja para confirmá-las ou para infirmá-las, como forma de cumprimento do dever de motivação que se espera da boa Administração Pública.

Alguns defendem³⁷ que o ideal seria atribuir caráter vinculante aos mecanismos de avaliação de políticas públicas, dos quais a AIR é exemplo. A proposta ventilada não é a de que a avaliação do analista de políticas públicas deva substituir a vontade do legislador ou do administrador público. O que se quer é que a avaliação de políticas públicas vinculante (ou a AIR vinculante) venha a compelir os *policymakers* a, antes de tomarem qualquer decisão, motivar suas escolhas com base em um parecer minimamente técnico e orientado, o qual seja capaz de fazer com que a Administração possa concatenar, *ex ante* ou *ex post*, as consequências das tomadas de decisão regulatórias. Nada impede, entretanto, que o administrador divirja das conclusões tracejadas por uma AIR, mas caso o faça, deve fazê-lo de forma motivada.

O dever de motivação³⁸ das decisões administrativas, dentre as quais se incluem as decisões regulatórias, são fruto de consultas públicas e de debates entre reguladores e regulados. Noutro dizer, embora institucionalizados, os Guias e Diretrizes de AIR ensejam decisões não-só *top-down*, mas também *bottom-up*³⁹, uma vez que pressupõem intensa participação social (mediante consulta ou audiência públicas).⁴⁰

³⁴ Apesar de o movimento de difusão do Guia ter tido as agências reguladoras como alvo, desde a sua concepção se previa a necessidade de “levar [a] AIR para [os] demais reguladores do governo federal de forma gradual”³⁴ como um dos passos subsequentes neste processo de institucionalização. Conclui-se que, idealmente, a avaliação de impacto não ficará adstrita ao ambiente regulatório. Evoluindo o raciocínio, pode-se pensar no potencial de aplicação dos *guidelines* da Casa Civil para todo tipo de processo decisório de criação de normas, em qualquer um dos três poderes

³⁵ A Administração dialógica se apresenta “como alternativa mais condizente com a sociedade moderna pluralista e complexa, fruto de mudanças em razão de episódios históricos de notória importância”. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da Responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação de contratação*. São Paulo: Editora NDJ, 2012, p. 427.

³⁶ “Na verdade, tomada em seu sentido mais dilatado, a responsividade, tal como surgiu, a partir dos estudos sobre a participação política, é um princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública. Por isso, apresentada como complemento atualizador da responsabilidade, a responsividade consiste no coerente comportamento esperado dos agentes públicos nas democracias — devendo ser, por isso, fiscalizada e exigida — em concordância e obediência à soberana vontade dos governados”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva*. In A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011

³⁷ Como, por exemplo, FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Por uma Análise de Políticas Públicas Vinculante. In: Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues. (Org.). *Direito e Políticas Públicas: Estudos e Pesquisas*. 1ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2017, p. 15-45.

³⁸ O que pode ser extraído do art. 93, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”, de modo que, se as decisões administrativas devem ser motivadas, todo e qualquer ato decisório deve também sê-lo.

³⁹ Cf. MAZMANIAN, D. SABATIER, P. (Eds). *Effective policy implementation*. Lexington, Mass:

2. Possíveis desvios na aplicação de teorias econômicas em uma Análise de Impacto Regulatório

A AIR se dispõe a, mais do que simplesmente apreciar o custo-benefício da regulação, aperfeiçoar a governança regulatória e verificar, também, a eficácia e a efetividade das estratégias tomadas (*ex post*) ou que podem vir a ser tomadas (*ex ante*) pelo Estado Regulador. Comporta, em seu âmago, a aferição da eficiência regulatória, especialmente se levarmos em conta que o custo da regulação é bastante expressivo⁴¹.

A proposta da AIR é ir além da eficiência e aferir, a partir de uma análise consequencialista⁴², se os resultados esperados foram ou podem ser atingidos (eficácia) e quais os impactos (positivos e negativos) foram ou podem ser gerados como consequências da opção regulatória eleita⁴³.

Tem-se, entretanto, que nem mesmo esta procedimentalização atribuída à AIR é capaz de reduzir a zero a possibilidade de que existam erros práticos na análise. Vislumbra-se, pelo menos, três cenários: aquele em que se desenvolve uma “AIR ideal”, realizada de modo imparcial, metodologicamente coerente e bem fundamentada (independentemente de o resultado esperado ter se reproduzido no mundo real ou não); um deficiente, onde uma análise enviesada acaba por ocorrer em virtude da falta de recursos adequados para sua execução (a qual decidimos nomear de “AIR negligente”); e um totalmente desaconselhável, que denota o desvirtuamento do instituto, quando se utiliza de má-fé para que a AIR seja um meio hábil à justificação de uma escolha regulatória já eleita, mesmo antes da realização da análise das alternativas (aqui nomeada “AIR de má fé”).

Quanto a estes dois últimos cenários, algumas considerações devem ser feitas. A imparcialidade do agente público é fator determinante para o sucesso da tomada de decisão realizada nos moldes pretendidos pelas melhores práticas em AIR. Isto induz a transparência de métodos, dos dados e das fontes de informação utilizadas. Ademais, trata-se de análise extensa de dados e informações que, a princípio, devem gozar de: acessibilidade ao público; acurácia e imparcialidade; reputação de fonte; atualidade e relevância.

A despeito de toda a presunção de imparcialidade que se espera de um agente público na realização de uma AIR, é possível que haja certa dose de captura ou de parcialidade na análise. Contra este tipo de falha é muito difícil que façam frente o Guia Orientativo ou outras referências em boas práticas. Livre de pressões que encobrem a solução do problema que

Llexington Books, 1981.

⁴⁰ Nesse sentido, convém mencionar o caso da recentemente criada Agência Nacional de Mineração (ANM), cuja Lei que a forjou (Lei nº 13.575/17) expressamente dispõe, em seu art. 15, que a: [...] adoção das propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos será, nos termos do regulamento, precedida da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

⁴¹ A este respeito, vale mencionar os estudos de Robert Hahn, os quais apontaram que nos EUA, por exemplo, o custo da regulação representa entre 7,2 e 9,5 por cento do PIB. O mesmo se diga da Austrália que, segundo a mesma análise, corresponde entre 9 e 19 por cento do PIB do país. HAHN, Robert W., *Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective*, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1409860>>. Acesso em: 06.02.19.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴³ A todos esses ‘e’s (eficiência, eficácia e efetividade), decerto, deve ser acrescido o ‘e’ da ética, indispensável à Administração do presente e do futuro.

demanda normatização, a análise de impacto deverá se aproximar mais de uma “ciência” do que de um mero instrumento destinado a justificar a decisão de uma autoridade normativa.

O Guia preconiza que a definição dos objetivos que se pretende alcançar em relação ao problema identificado deva estar alinhada às políticas públicas com as quais o setor deve estar comprometido e ao planejamento estratégico do órgão normativo responsável pela análise de impacto. Segundo ele, os objetivos “orientarão a análise e a comparação das alternativas de ação mapeadas, e servirão de parâmetro para as estratégias de implementação, monitoramento e avaliação da alternativa de ação escolhida”. O levantamento destas possíveis alternativas de ação, que são as diferentes possibilidades de se tratar um problema, deverá alinhar-se com a missão e as diretrizes institucionais.

Ainda que a intenção institucional coadune com o que preconizam as boas práticas em análise de impacto, servidores responsáveis pela sua execução podem deixar a desejar em sua execução, seja: por falta de tempo, recursos, disponibilidade de informações, pelo desconhecimento teórico em termos das teorias econômicas que lhes permitiriam realizar uma análise a contento, ou, ainda, por outros fatores. Além disto, problemas metodológicos, ligados à aplicação de teorias econômicas podem se manifestar no bojo de uma AIR.

Para que uma boa análise de impacto seja realizada, espera-se que haja um sopesamento dos possíveis impactos da nova norma e uma comparação das alternativas de ação, identificando seus possíveis impactos de maneira mais precisa. O objetivo é fazer a avaliação das consequências⁴⁴, por meio da comparação entre os benefícios e custos gerados por cada alternativa.

Sugere-se, para tanto, algumas metodologias de análise, tais como a análise multicritério; análise de custo-benefício; análise custo-efetividade; análise de custo; análise de risco; e análise risco-risco, que requerem certa técnica em suas realizações. As críticas de cunho metodológico elaboradas nesta seção podem ser subdivididas nos quatro subitens a seguir.

2.1. Resistência à valoração objetiva de direitos

Como primeiro desdobramento da crítica metodológica, suscitamos uma possível rejeição da utilização da economia como ferramental para realizar a análise de instrumentos normativos. Mesmo se todas as AIRs fossem metodologicamente perfeitas, consistentes e politicamente imparciais, muitos acadêmicos do Direito poderiam rejeitar sua utilidade por negarem a utilização da economia para tomar decisões permeadas por aspectos jurídicos.

A nosso ver, a melhor forma de abordar essas críticas metodológicas é reconhecer as limitações inerentes ao uso da economia. Distinguimos, assim, dois tipos de críticas metodológicas. Uma diz respeito ao uso de economia na avaliação normativa de modo geral. Tal crítica normalmente se pauta na rejeição ao consequencialismo e em objeções fundamentais à comensurabilidade (nem tudo pode ser mensurado em termos de custos e benefícios) e a mercantilizações (mesmo se tudo puder ser mensurado, diversos aspectos do comportamento humano não podem ser considerados à semelhança de bens e serviços, sujeitos à avaliação econômica).

Como uma forma de combater decisões sem fundamento e meramente principiológicas, descoladas da necessidade dos administrados no mundo dos fatos, emergiu no cenário jurídico

⁴⁴ Que podem ser concorrenciais, sobre micro e pequenas empresas, sobre o comércio internacional ou nível de abertura dos mercados, sobre a saúde, segurança, meio ambiente, sobre custos administrativos, impactos orçamentários etc.

uma espécie de raciocínio jurídico que se fundamenta na avaliação das consequências desejáveis e indesejáveis de diversas alternativas de ação como método para orientação de uma determinada tomada de decisão. Trata-se do consequencialismo, que estrutura o seu raciocínio pela especificação das possíveis consequências de um curso de ação e, posteriormente, pela ordenação das consequências de acordo com um critério valorativo eleito pelo decisor.

Não obstante a defesa desta forma de raciocínio pelo movimento de inclinação pragmática do direito – que se consolida como uma tentativa de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações atreladas à atividade estatal – o raciocínio consequencialista pode ter deficiências em sua aplicação. Pode-se mencionar, a título de exemplo, a possibilidade de apropriação superficial da Análise Econômica do Direito, por meio da qual se desconsideraria outras formas convencionais de solução de problemas jurídicos sem atentar-se para os pormenores da aplicação de teorias econômicas; a existência de vício de parcialidade na estipulação e comparação das eventuais consequências de cursos de ação (por se tratarem de prognoses, correm o risco de não representarem a realidade dos fatos); a criação de novas figuras dogmáticas que permitem resolver um caso no sentido desejado, ainda que contrariamente à maneira até então predominante, dentre outros⁴⁵.

Raciocínios consequencialistas pressupõem formas de mensuração de resultados e, com o auxílio da economia, acabam por tornar possível a valoração de direitos, o que por vezes pode gerar alguma resistência. Deve-se observar, entretanto, que não ocorre uma “mercantilização” de direitos, como muitas vezes expõe a crítica. Na prática, inaugura-se tão somente uma nova forma de estruturar o raciocínio para embasar uma decisão, oferecendo-se ferramentas para a elaboração de uma análise mais acurada das consequências de uma escolha.

Uma outra crítica é ainda mais restrita e foca nas particularidades das teorias econômicas utilizadas nas AIR padrão. Nesse contexto, nos referimos aos métodos para descontar o futuro (por exemplo, o uso de taxas de retorno dos mercados financeiros, que ignora as preferências que podem ser adotadas por gerações futuras); o equilíbrio adequado entre eficiência e considerações distributivas; a presunção de utilidade marginal (social) proveniente da renda (principalmente, sua propriedade aditiva); a diferença entre a análise de riscos privados e sociais assumidos (não podemos usar o mesmo modelo para avaliar a assunção privada e social de riscos).

A grande dificuldade que fundamenta esta crítica é a da incerteza inerente à realização de prognoses, isto é, às previsões do futuro. Deve-se atentar para o risco de que a análise de consequências envolva uma série de indeterminações que podem gerar esforços especulativos e pouco racionais, que pouco contribuem para a solução efetiva de um problema. A possibilidade de os grupos de pessoas mudarem suas preferências no futuro é uma realidade, e este fenômeno é tratado em termos econômicos como “desconto do futuro”, um termo cunhado para designar a maior valorização de um bem ou recompensa no tempo presente se comparado à sua valorização no tempo futuro.

Não há resposta óbvia a essas críticas. Por exemplo, no que concerne à discussão sobre consequencialismo, essa crítica se baseia numa grande e antiga controvérsia existente dentro da filosofia do Direito. Mesmo que a economia tenha claras vantagens e forneça um método consistente para explicar escolhas e incentivos individuais, ela tem pouco valor se não for aceita a premissa de que tais consequências importam e são relevantes. Evidentemente, existem graus distintos sobre a medida em que consequências de fato importam, o que pode ser percebido por

⁴⁵ A este respeito, confira-se: SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. 2008.

meio da análise do positivismo. Entretanto, não há como escapar de uma abordagem consequencialista ao adotar a economia para a avaliação legislativa.

Entendemos como importantes tais esclarecimentos para que se conceba que a metodologia de AIR somente pode ser aprimorada se suas limitações forem reconhecidas, de modo a traçar distinções claras a respeito do que a AIR é e não é capaz de fazer, para que não se advogue contra o instituto com base em expectativas irreais.

Portanto, é fundamental que uma AIR seja, além de consequencialista, também transparente, especialmente em relação à sua metodologia. Ser transparente não é simplesmente dar publicidade acerca do processo de tomada de decisão. Ser transparente é tornar algo público e compreensível. Sem que se entenda o porquê das conclusões de uma AIR, dificilmente será possível controlar seu conteúdo. As escolhas públicas pautadas em uma AIR devem ser eficazes, eficientes e efetivas, mas, mais do que isto, devem ser inspecionáveis para que, sempre que necessário, possam admitir proscrição.

2.2.O não reconhecimento da racionalidade limitada

Um segundo elemento importante é o de que a metodologia da AIR deve incorporar avanços da teoria econômica. Aconteceram progressos na economia e nos métodos quantitativos que, em nome da inteligibilidade do processo, não podem ser ignorados. Uma possível insistência de realização de AIR fundada única e exclusivamente no modelo racional (o *homo economicus*) pode se tornar equivocada. Mesmo porque, há contextos nos quais a economia comportamental já demonstrou a existência de diversos desvios cognitivos⁴⁶.

A economia comportamental, inspirando-se em fundamentos e pressupostos da psicologia, está precisamente preocupada com a existência de limites à racionalidade, de cunho emocional, cognitivo ou comportamental.

Avanços teóricos sobre esses limites podem ser encontrados principalmente nas obras de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky, conforme passa a ser demonstrado. Herbert Simon, pioneiro no campo da racionalidade limitada, apresenta dura crítica à teoria econômica tradicional da escolha racional como maximização de utilidade. Para o autor, os pressupostos de uma escolha racional são falhos por não levarem em consideração a ideia de busca por satisfação, de pesquisa por alternativas satisfatórias e de níveis de aspiração, o que implica cálculos sobre o futuro, que provavelmente serão obtidos sem a presença das condições necessárias para tal.

Desta forma, Simon atenta para três considerações que devem ser feitas acerca da racionalidade limitada: (i) complexidade do ambiente de escolha no qual o agente se encontra, que pode conter substancialmente mais informações do que o agente é capaz de digerir; (ii) o acesso às informações, cuja obtenção importa elevados custos temporais e intelectuais; e (iii) limites psicológicos do agente tomador de decisões, que exerce filtro sobre as informações que é capaz de acessar, dependendo, pois, da habilidade computacional e preditiva de cada agente. A racionalidade limitada envolve, portanto, fatores do meio, internos ao agente e de adaptação aos fatores anteriores.

Por conta desses fatores, o agente obtém apenas uma percepção sobre o mundo, que pode ser distorcida e, portanto, não correspondente ao mundo real que seria analisado caso a totalidade de informações possíveis estivesse à disposição do agente e se este fosse psicologicamente e cognitivamente capaz de internalizar e avaliar tal volume de informações. Para

⁴⁶ V. KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.22.

lidar com as adversidades que podem ser introduzidas por essas características acerca do ambiente, das informações e do psicológico do agente em seu processo de escolha, segundo Simon, os agentes criam e utilizam atalhos mentais, chamados por ele de heurísticas⁴⁷.

A construção teórica de Simon possibilitou o desenvolvimento do campo por meio de experimentação mais robusta. Isso, por sua vez, permitiu a elaboração de novas perspectivas e nuances acerca dos limites à racionalidade, como expandido a partir das obras de Daniel Kahneman e Amos Tversky.

Estes psicólogos avançaram os estudos das heurísticas e dos vieses cognitivos, ambas variáveis das decisões que desviam do suposto padrão de racionalidade. Segundo eles, as heurísticas representam atalhos mentais criados para calcular cenários de probabilidade. Diante de cenários de incerteza, decisões podem ser tomadas com base em crenças construídas a respeito desses fatos incertos, reduzindo, assim, a complexidade das decisões mediante o uso de regras simplificadoras.

No cotidiano, a inferência e os atalhos mentais são extremamente úteis pois não é possível calcular as probabilidades da totalidade de eventos que ocorrem ao longo de um dia. Com base em experiências passadas, relatos de terceiros ou simples dedução, inferimos probabilidades a todo o momento. Contudo, as heurísticas podem levar a erros graves, resultando em verdadeiros vieses cognitivos.

Kahneman e Tversky, assim como Simon reconheceu mais tarde em sua carreira, observaram que, ao invés de representar desvios residuais à regra geral da maximização racional na tomada de decisões, ocorrem de maneira sistemática. Diante disso, os vieses cognitivos acabam se tornando regra nas escolhas e decisões tomadas. Essas constatações foram afirmadas após a realização de diversos testes e experimentos, que possibilitaram identificar elementos que afastavam os agentes do comportamento racional da economia clássica.

Mais recentemente, em 2017, o Prêmio Nobel de Ciências Econômicas foi concedido ao economista estadunidense Richard Thaler por sua contribuição para a economia comportamental. O economista, assim como os anteriores, incorporou pressupostos da área da psicologia na economia, e criou a teoria da contabilidade mental, demonstrando a previsibilidade da irracionalidade na tomada de decisão individual e de mercado e somando, assim, aos esforços de Simon, Tversky, Kahneman de desafiar e questionar os pressupostos da teoria econômica clássica acerca do *homo economicus*.

Em razão desses e de outros avanços da teoria econômica, é necessário trabalhar a partir de teorias econômicas de ponta, cuidado que demanda a formação contínua dos agentes para evitar uma erosão significativa do capital humano na execução das AIRs.

2.3.A tensão entre metas de eficiência e preocupações distributivas

Um terceiro ponto a ser considerado é a discussão comum entre metas de eficiência e preocupações distributivas. Temos defendido a preferência pela abordagem britânica, sobre o modelo americano de análise de custo-benefício⁴⁸ com posições relativas⁴⁹. Acreditamos que a prática do Reino Unido de fornecer “análise de eficiência”, “análise de equidade” e “outras

⁴⁷ SIMON, H. A. “Invariants of Human Behavior”. Annu. Rev. Psychol., 41, p. 1-19, 1990.

⁴⁸ POSNER, E. A.. Controlling agencies with cost-benefit analysis: a positive political theory perspective. University of Chicago Law Review, 68, 1137, 2001.

⁴⁹ Id. Ver também M. Adler, 2006, Cost-Benefit Analysis: New Foundations, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 42/43: 67-82 (versão em português) & 63-77 (versão em inglês).

possíveis metas não econômicas” não apenas aborda essas preocupações de um ponto de vista prático, como também é tecnicamente e metodologicamente mais robusta do que as demais opções alternativas a ela. Além disso, permite que gestores considerem ganhos gerais em contraposição a impactos particulares, em setores específicos da economia.

A análise econômica se baseia em alguns postulados. A partir deles, pode-se destacar, em apertada síntese, algumas implicações: recursos da sociedade são escassos, o que pode originar conflitos por bens e direitos; toda escolha pressupõe um custo, chamado de custo de oportunidade, relacionado à escolha preterida; a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, ou seja, agentes ponderam custos e benefícios para tomarem suas decisões; e pessoas respondem a incentivos.

Com base nestas noções, notadamente no que se refere à disposição limitada de recursos à sociedade, pode-se inferir que a crítica aqui explorada se relaciona, sobretudo, à eleição de critérios para a alocação de recursos. A economia, sendo uma ciência da escolha racional em um mundo de recursos limitados, pressupõe a alocação eficiente de riquezas, que poderá ser orientada por uma série de critérios que motivem a transferência de um bem ou direito, como seu valor, ou utilidade, ou a eficiência da operação.

A busca pela eficiência, como um termo utilizado para representar a alocação ótima de recursos, implica na maximização do valor de um bem ou direito posto em discussão, e esta escolha acaba por ser muito criticada quanto à limitação de sua utilização enquanto critério ético de tomada de decisão social. Sabe-se que as preocupações de uma sociedade – e, por conseguinte, as do Poder Público – não pode prestigiar, unicamente, a maximização da riqueza, pois existem outros objetivos sociais a serem atingidos, os quais, muitas vezes, somente o Estado poderá prover.

Neste sentido, são comuns as críticas direcionadas à aplicação da Análise Econômica do Direito como vetor orientativo da AIR, pelo fato de poder tornar-se “insensível” a questões sociais à medida em que induz a busca pela escolha mais eficiente.

A AIR não fornece respostas “corretas” ou “melhores”. Ela indica quais opções são mais eficientes e quais produzem mais desigualdade. O determinante, nestes casos, é que o critério valorativo para a eleição da alternativa mais adequada ao fim perquirido pela Administração Pública seja definido caso a caso, guardando adequação à situação fática e às necessidades dos administrados.

Caso a maximização da riqueza seja o critério mais adequado para a tomada de decisão, deverá o administrador público prestigiar a alternativa que produza resultados mais eficientes, e a Análise Econômica do Direito lhe emprestará ferramental adequado para orientar sua análise. Entretanto se, de modo diverso, deverem ser as preocupações distributivas mais relevantes no caso concreto, do mesmo modo, proceder-se-á à exploração das possíveis consequências das alternativas de ação, e se optará pela que melhor distribui a riqueza. Tem-se, portanto, que a AIR, bem como o seu ferramental econômico, não são ruins *per se* para a produção de resultados distributivos. A chave para a obtenção do resultado pretendido, independentemente do processo de escolha a ser trilhado pelo administrador público, é a consciência e coerência a respeito de quais critérios valorativos pretende prestigiar.

2.4. Rejeição à precisão e rigor na mensuração

Um elemento concernente às críticas metodológicas é a precisão e o rigor na mensuração. Em diversas ocasiões, a desaprovação é impulsionada não por uma rejeição geral do

consequencialismo, mas por um desdém ou aversão a consequências específicas. Tal reação negativa somente pode ser minimizada quando as consequências sugeridas e mensuradas pela AIR forem baseadas em métodos precisos e rigorosos capazes de lidar com a incerteza e a previsão.

Uma análise robusta requer que todos os custos e benefícios estejam devidamente identificados e quantificados, ou ao menos que sejam identificáveis e quantificáveis. Contudo, não são raros os equívocos cometidos nas tentativas de mensurar precisamente cenários que envolvem incertezas e ambiguidades. Diante disso, há duas tendências que aumentam os riscos de gerar AIRs imprecisas e, conseqüentemente, decisões ineficientes: a incapacidade de prever custos e benefícios indiretos correlacionados; e as incorreções ao quantificar pecuniariamente bens que, teoricamente, são inestimáveis.

Frank Ackerman utiliza o exemplo das questões ambientais para ilustrar como tais cenários de incerteza podem complexificar a quantificação e mensuração dos custos e benefícios envolvidos para a tomada de decisões na área:

Faced with such uncertainties, it is effectively impossible to provide a precise quantification of the benefits of environmental protection. If the probabilities of different outcomes were known, as in casino games or classroom exercises in statistics, then a weighted average or expected value could be calculated, offering a meaningful best guess. But reality is more complex and more fundamentally uncertain than a night at a casino. There are very few real-world examples where useful information is available about the probabilities of alternative environmental outcomes⁵⁰

Para ele, é necessário, portanto, expandir os horizontes para outros métodos mais completos e capazes de lidar com os frequentes cenários de riscos ou incertezas que surgirão. Portanto, em substituição à mera análise de custos e benefícios, Frank Ackermann sugere quatro outros métodos: a avaliação multicritério; comparação holística de custos e benefícios; abordagem de precaução para a tomada de decisão diante de cenários de incerteza; e a análise custo-eficácia.

A avaliação multicritério aparece como resposta à uni-dimensionalidade dos métodos de valoração unicamente monetários. Contudo, conforme explicita Ackerman, a saúde (e a vida) humana, assim como o meio ambiente natural, abarcam diversas dimensões incomensuráveis. Para ele, a vantagem desta forma de avaliação é a transparência ao relatar a complexidade dessa análise; pode, portanto, ser adequada para situações nas quais diferentes stakeholders possuem objetivos e valores distintos. A avaliação multicritério, contudo, contém o risco de ser imprecisa no momento de escolha dos critérios de avaliação, uma vez que depende de julgamentos arbitrários que podem se revelar enviesados⁵¹.

Já a comparação holística de custos e benefícios é criada para combater o caráter reducionista da análise custo-benefício convencional, buscando oferecer visão mais integrada, que resulte em menos perda de informações. Para o autor, esta é uma tentativa substancialmente mais transparente e compreensível processualmente do que a atribuição de valores pecuniários a fenômenos e sujeitos inestimáveis. No entanto, há casos que não se encaixam nestes moldes de

⁵⁰ ACKERMAN, Frank. Critique of Cost-Benefit Analysis, and Alternative Approaches to Decision-Making A report to Friends of the Earth England, Wales and Northern Ireland, 2008, p. 6. Disponível em <http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack_UK_CBACritique.pdf> acesso em 5 de Maio 2019.

⁵¹ Ibid, p. 12.

avaliação, a exemplo de casos de extrema incerteza. Deve, pois, ser aplicada em contextos de razoável certeza, mas custos e benefícios inestimáveis e incompatíveis⁵².

A terceira abordagem é criada justamente para lidar com cenários de razoável ou grande incerteza e fundamenta-se no princípio de da precaução. De acordo com este, em contextos de absoluta ou grande incerteza, métodos econômicos convencionais não podem ser utilizados, devendo-se basear no melhor e no pior cenário possíveis estimados. Deste modo, a intenção é facilitar a decisão ao focar entre dois extremos, ao invés de considerar uma vasta gama de cenários intermediários que não podem ser significativamente diferidos sem que haja significativa informação sobre seus efeitos. É o que leva consumidores optarem por contratar serviços de seguradoras, por exemplo⁵³.

Por fim, a análise custo-eficácia surge para demonstrar as maneiras mais efetivas de alcançar as metas, uma vez que determinadas. O autor utiliza o exemplo da mitigação de gases de efeito estufa para conter os efeitos adversos das mudanças climáticas: uma vez definida a meta de concentração de CO₂ na atmosfera, quais seriam as formas mais eficazes de mitigar as emissões desse gás para alcançar este objetivo? É precisamente o que a análise custo-eficácia busca solucionar⁵⁴.

Portanto, entende-se fundamental basilar a AIR em métodos mais completos, capazes de lidar de maneira mais integrada com a multiplicidade de fatores envolvidos na tomada de decisões diante de cenários de incerteza e a previsão de conjunturas futuras. Cercando-se de métodos dotados de rigor e precisão, é possível mitigar os riscos de mensurações imprecisas, assim como de AIRs errôneas e questionáveis.

3. Conclusão

A AIR tem sido, até o momento, um instrumento sólido para avaliação legislativa na União Europeia e na maioria dos seus Estados-membros. Há boas razões para explicar porque ela prevaleceu sobre outras metodologias alternativas disponíveis. Isso se deu sobretudo porque agora é amplamente padronizada e, portanto, fornece um bom modelo para avaliar a elaboração de políticas legislativas de maneira transparente, sistemática e fácil de examinar.

Este artigo trata das críticas feitas à AIR. Apontamos que ela tem limitações que devem ser reconhecidas por economistas, legisladores e gestores. Em nossa visão, essas questões são fundamentalmente práticas (por exemplo, o modo como determinadas AIRs são executadas) e metodológicas (como a crítica ao uso de teorias da economia para avaliar a legislação). E tais pontos precisam ser abordados de maneira séria e rigorosa para então ser possível produzir AIRs consistentes e tecnicamente corretas.

Também demonstramos que tais limitações dificilmente são ideológicas ou políticas. Primeiramente, explicamos porque a AIR não pode ser classificada como neoliberal *per se* (considerando neoliberal como aquilo que favorece o mercado, é contra intervencionismo estatal ou legitima os mais abastados em detrimento dos pobres). Em segundo lugar, propusemos que a AIR é uma metodologia que pretende coletar e apresentar informações de um modo específico, que respeite tanto a noção de publicidade quanto a de transparência (até mesmo para que se consiga distinguir a responsabilidade técnica da responsabilidade política). Uma metodologia é

⁵² Ibid, p. 14.

⁵³ Ibid, pp. 15-16.

⁵⁴ Ibid, p. 17.

ideologicamente neutra, mas sua implementação pode não ser. Daí o caráter imprescindível da motivação e da transparência. Portanto, em nenhuma circunstância, os legisladores e gestores podem utilizá-la para deslocar a responsabilidade pelas decisões por eles tomadas.

No exemplo brasileiro, a Casa Civil investiu na difusão da análise de impacto em matéria regulatória alegando a necessidade de institucionalização deste instrumento. Isto porque, a experiência brasileira de edição de atos normativos no âmbito das dez agências reguladoras ora atuantes parece descrever a coexistência de processos decisórios distintos, não institucionalizados e ainda muito embrionários em termos de avaliação regulatória.

4. Referências

- ACKERMANN, Frank. Critique of Cost-Benefit Analysis, and Alternative Approaches to Decision-Making A report to Friends of the Earth England, Wales and Northern Ireland, 2008, p. 6. Disponível em <http://www.ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/Ack_UK_CBACritique.pdf> acesso em 5 de Maio 2019.
- ADLER, Matthew. Cost-Benefit Analysis: New Foundations, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 42/43: 67-82 (versão em português) & 63-77 (versão em inglês), 2006.
- ALMEIDA, Marta T., BARROS, Pedro P. e GAROUPA, Nuno. Avaliação Legislativa do Código do Procedimento Administrativo (CPA) - Deferimento Tácito (artº 108º), Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 30/31: 191-226, 2002.
- BARROS, Pedro P. e GAROUPA, Nuno. Avaliação de Impacto de Normas – Efeitos Económicos da Alteração do Artigo 81º do Código da Estrada, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 30/31: 135-182, 2002.
- BULL, Reeve; ELLIG, Jerry. Judicial Review of Regulatory Impact Analysis. Why Not the Best? Mercatus Working Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA, March 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e Análise Económica do Direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da constituição federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRANCO, Paulo Fernando de Mello. Por uma Análise de Políticas Públicas Vinculante. In: Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues. (Org.). Direito e Políticas Públicas: Estudos e Pesquisas. 1ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2017, v. , p. 15-45.
- GAROUPA, Nuno. Limites Ideológicos e Morais à Avaliação Económica da Legislação, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 42/43: 83-102 (versão em português) & 79-97 (versão em inglês), 2006.
- GAROUPA, Nuno. Improving Legislation – A Note of Pessimism, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 50: 153-160, 2009.
- GAROUPA, Nuno e VILAÇA, Guilherme V.. A Prática e o Discurso da Avaliação Legislativa em Portugal, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 44: 5-29, 2007.

- GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GUERRA, Sergio, SAMPAIO, Patrícia. *Análise de Impacto Regulatório*: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. Rio de Janeiro: 2012, Editora JC, edição 145.
- HAHN, Robert W., Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1409860>>. Acesso em: 06.02.19.
- KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.22.
- LADEIRA, Victor Gustavo dos Santos. Capacidades Institucionais das Agências Reguladoras Monografia. Monografia de Aperfeiçoamento/Especialização em Direito do Estado - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018.
- MAZMANIAN, D. SABATIER, P. (Eds). Effective policy implementation. Lexington, Mass: Llexington Books, 1981.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. In A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011
- OGUS, Anthony I.. Regulatory Impact Analysis: The Political Dimension, Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação 42/43: 163-175 (versão em português) & 157-169 (versão em inglês), 2006.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Da Responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação de contratação. São Paulo: Editora NDJ, 2012.
- PORTO, Antônio José Maristrello; GALVÃO, Antônio F.. Choice with Clouded Concepts. Economic Analysis of Law Review, v. 5, p. 46-68, 2014.
- PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, R. S. R. ; SANTOS, L. M. . Direitos de propriedade e instrumentos econômicos de regulação ambiental. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, p. 99-121, 2017.
- POSNER, Eric A.. Controlling Agencies with Cost-benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective. University of Chicago Law Review, 68, 1137, 2001.
- RADAELLI, C.. Better Regulation and the Lisbon Agenda, 2006. Disponível em: <<http://socialsciences.exeter.ac.uk/politics/research/readingroom/radaelliBetterRegulation.pdf>>. Acesso em: 18.01.19.