

# JUSTIÇA & CIDADANIA



ISSN 1807-779X  
9 771807 790001 0 1 2 2  
Edição 122 - Setembro de 2010  
R\$ 16,90

MINISTRO ARI PARGENDLER

**PRESIDENTE DO  
TRIBUNAL DA CIDADANIA**

Editorial: 20 ANOS DEFENDENDO A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA

# ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: O NOVO CAPÍTULO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

José Vicente Santos de Mendonça  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

## I - A virada pragmatista do Direito Público brasileiro contemporâneo

Certo dia, o jurista alemão Rudolf Von Jhering teve um sonho curioso. Sonhou que adentrava uma espécie de paraíso dos conceitos jurídicos: longe de toda influência terrena, ele poderia finalmente se encontrar com a ideia primordial de “propriedade” ou de “posse”, com o “direito subjetivo” e tantas outras categorias jurídicas. Para isso, bastaria que o interessado bebesse das águas de um rio Letes, que o faria esquecer toda vinculação com os negócios e afazeres práticos. Curiosamente, Jhering observava que, para a maioria dos juristas de seu tempo, beber de tais águas seria desnecessário. Eles nada teriam para esquecer.<sup>1</sup>

O sonho de Jhering foi uma torturante realidade de pesadelo até algum tempo no Direito Público brasileiro. A discussão, salvo honrosas exceções, centrava-se em pontos conceituais – naturezas jurídicas e outros pastéis de vento –, sem se importar muito com as consequências práticas do que se discutia. Felizmente não é mais assim. Hoje, pode-se dizer que vivemos uma virada pragmatista no Direito Público. Abandonase o conceitualismo autojustificado; distinções e categorizações só se fazem na medida em que auxiliem a operação prática do Direito. E, mais importante, passa-se a analisar a interpretação jurídica a partir da aptidão dos intérpretes a realizá-la, e com os olhos postos nas possíveis consequências concretas desta ou daquela linha de ação. O Direito Público brasileiro do século XXI não busca saber a natureza jurídica do peixe ou da federação,

mas se as agências reguladoras têm sido as mais bem adaptadas intérpretes e garantidoras da segurança jurídica dos mercados que regulam, ou em que nível o STF vem adotando o ideário do ativismo judicial e como isso impacta sistemicamente a produção legislativa do Congresso.<sup>2</sup>

É dentro dessa ambiência intelectual que se insere o debate a respeito da Análise de Impacto Regulatório – AIR. Trata-se de instrumento mais próximo ao discurso da economia, da teoria da administração e da ciência política, mas que merece ser estudado por operadores institucionais do Direito. Este artigo apresenta as grandes linhas do tema a tal parcela de profissionais.

## II - O que é

Os textos que tratam da Análise de Impacto Regulatório invariavelmente partem da definição proposta pela OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico: a AIR é “ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente.”<sup>3</sup> Dito assim, parece vago. Outras possíveis definições ainda não fecham o conceito, mas já auxiliam em sua compreensão.<sup>4</sup>

Antes de propormos a nossa, duas ou três palavras merecem ser ditas sobre o estado da arte do debate a respeito da regulação da economia. Passado um período inicial de institucionalização – criação das agências e discussão a propósito das características que deveriam possuir no Brasil –, ingressamos num segundo



estágio. Não mais saber se as agências são ou não úteis; se possuem base constitucional; se seu poder normativo é admissível. Mesmo que muita coisa ainda possa ser dita sobre tais assuntos, a sensação é de que o debate pertence à história recente. A agenda dos próximos anos volta-se agora ao temário da **qualidade da regulação** e da **governança regulatória**.<sup>5</sup> Concorde-se ou não, agências reguladoras existem, exercem cotidianamente seu mister e expedem atos normativos criadores de direitos e de obrigações. A questão atual é saber se fazem isso corretamente.

Pois bem: para que não se prodigalizem juízos inconsequentes a respeito da qualidade da regulação, é preciso técnica de avaliação. A AIR se propõe a sê-la. De modo genérico, a Análise de Impacto Regulatório é um conjunto de procedimentos administrativos que, servindo a avaliar uma regulação nova ou já existente, inclui (i) a **qualificação** e a **coleta de dados** a respeito das possíveis consequências – positivas e negativas – dos atos regulatórios; (ii) a adoção de um **critério de valoração** a respeito de tais consequências; (iii) a efetiva **avaliação** delas, e (iv) a **adoção** ou **rejeição** do ato regulatório, ou mesmo sua **correção de rumo**.

Na experiência internacional, há notícia de seu uso desde os anos setenta, mas a disseminação ocorreu nos anos noventa. Estima-se que o próprio governo Obama venha a utilizá-la. No Brasil, o assunto é recentíssimo, havendo mais dúvidas do que certezas. Seja como for, o tema tem tudo para dar certo à conta de sua alta redundância cognitiva. É que a Análise de Impacto

Regulatório não está reinventando a roda. A rigor, a Análise de Impacto Regulatório não fala nada de novo nem no Direito, nem na economia, nem no pensamento filosófico: ela é prática administrativa de raiz utilitarista, usualmente empregada por economistas próximos a tal linha de pensamento, e que se mostra inteiramente compatível com uma teoria padrão da análise econômica do Direito.<sup>6</sup> Ela é o que o bom senso de um economista médio recomendaria fazer: coletar o máximo de dados, buscar meios de quantificar custos e consequências, sopesá-los, optar por uma linha de ação a partir dos resultados obtidos. Simples assim.

## III - Seus métodos. Críticas, riscos e possibilidades

Na verdade, nem tão simples. Claro que, assim como o pragmatismo filosófico, filosofia de base do utilitarismo, do qual já se falou que é novo nome para velhas formas de se pensar<sup>7</sup>, não há nada de novo em se adiantar consequências prováveis e em se avaliar ações com base nisso. O problema é avançar a partir das grandes afirmações: os romanos já diziam que “vasos vazios ressoam muito”. Todos estamos de acordo que a regulação deva ser de qualidade, e, que, para tanto, atos regulatórios sejam racionais. Mas como? Passemos em revista alguns aspectos esquemáticos dos métodos de AIR.

(i) A **qualificação** daquilo que será tido como consequência da regulação é o primeiro passo. É também, junto à adoção do critério de valoração, etapa das mais importantes, cuja seriedade impacta o resultado da AIR. Recomenda-se visão abrangente e tão distante quanto possível de qualquer viés. Aliás, é para isso que deve ser transparente: os agentes reguladores devem declinar objetivamente o que estão considerando como resultados, e, ato seguinte, devem se abrir à contribuição e à crítica dos regulados. Uma AIR que só considere efeitos de incremento da concorrência evidentemente não trará o mesmo resultado de uma que se abra a consequências sociais, ambientais, de redução de preços, de fomento ao ingresso no mercado, de preservação de níveis ótimos de retorno do investimento. Como estamos lidando com fenômenos complexos, carregar a mão em certos efeitos, e seletivamente obscurecer outros, é agir de má-fé e preparar a viagem redonda da autolegitimação. Exigências de razão pública e de espírito republicano impõem a consideração do maior número de consequências possíveis, claro que dentro de condições de preservação da inteligibilidade do próprio processo de avaliação.

Depois que já se estabeleceu, de modo transparente, aberto e tendencialmente consensual, o que será tido como “dado”, é hora de (i) **coletá-los**. Aqui, mais uma vez, faz-se mister dialogar com o mercado e com entidades associativas e de interesse. Muito se fala no papel legitimador das audiências públicas. Mas, ao lado dele, há o papel de redução da assimetria informacional da parte dos reguladores. Agora, a exigência de boa-fé vai recair sobre entidades reguladas e as associações. Além disso, as agências podem e devem obter dados com outros órgãos e entidades públicas. O que interessa é reduzir a “solidão monológica”: diálogos de si para si costumam apenas reforçar o que já se conhece.



Tudo isso é mais fácil de falar do que de fazer. A AIR, como prática administrativa de linhagem utilitarista, compatível com a análise econômica do Direito, e cuja base metódica é a Análise de Custo-Benefício, passa a receber críticas tanto dos antiutilitaristas de todos os matizes, até os opositores da análise econômica do Direito, terminando nos críticos, ao nível mais técnico, da Análise de Custo-Benefício.



A segunda etapa da Análise de Impacto Regulatório é a (ii) adoção de um **critério de valoração** para as consequências. Até aqui, só havíamos listado o que previsivelmente decorreria da adoção da linha de ação X ou Y. É o momento de estabelecer parâmetros a propósito do que será considerado consequência *positiva* e o que será visto como *negativa*. Etapa complexa, nela se impõe que os critérios sejam universalizáveis, não mutuamente excludentes e compatíveis com a Constituição.

Etapa seguinte é (iii) a efetiva **avaliação das consequências** esperadas à luz do critério então adotado. A partir daí, não teremos mais meras consequências, mas consequências positivas – *benefícios* – e consequências negativas – *custos* – associadas à adoção (ou à rejeição) daquela regulação que se pretende implantar ou que se revisa.

Finalmente, o resultado é (iv) a **adoção**, a **revisão** ou a **rejeição** de uma linha de ação regulatória. Em outros termos: a mudança na política regulatória ocorre, deixa de ser tentada ou é modificada.

Dando alguma substância ao esquema que acabamos de apresentar, é possível indicar três espécies de método utilizadas na Análise de Impacto Regulatório: a **Análise de Custo-Benefício** (ACB), a **Análise de Custo-Efetividade** e as **Análises Parciais**. A primeira é a mais comum e corresponde, grosso modo, ao esquema indicado. É por causa da ACB que a AIR se mostra muito próxima da análise econômica do Direito, já que o método é essencialmente o mesmo. A Análise de Custo-Efetividade é variação da ACB, que se foca em hipóteses nas quais as metas finais já estão pré-determinadas, e aí a análise se centra apenas na alternativa de regulação, daquelas capazes de obter um resultado determinado que, será a menos custosa. Sua diferença para a Análise de Custo-

Benefício está na pré-fixação do resultado: a Análise de Custo-Benefício se permite maior largueza, ao passo que a Análise de Custo-Efetividade já parte de um resultado e só estuda os custos das opções regulatórias que levam até ele. Já as Análises Parciais destacam custos e benefícios específicos sobre determinada comunidade ou setor social: os estudos do CADE são típicas Análises Parciais, uma vez que estão centrados sobre o aspecto do incremento da concorrência em determinado setor da economia. Nada impede que métodos mais amplos sejam completados por Análises Parciais.

Tudo isso é mais fácil de falar do que de fazer. A AIR, como prática administrativa de linhagem utilitarista, compatível com a análise econômica do Direito, e cuja base metódica é a Análise de Custo-Benefício, passa a receber **críticas** tanto dos antiutilitaristas de todos os matizes, até os opositores da análise econômica do Direito, terminando nos críticos, ao nível mais técnico, da Análise de Custo-Benefício.

Num resumo não exaustivo, pode-se alegar, contra seu utilitarismo filosófico de base, que ele é pouco claro em relação aos critérios que adota para a hierarquização das utilidades; que, por vezes, algumas grandezas não operadas por ele são ontologicamente incomparáveis; que é pouco atento a propósitos redistributivos. Contra a análise econômica do Direito que lhe acode no plano jurídico poder-se-ia afirmar que a ideia de eficiência não é, nem poderia ser, o único fim do Direito; que haveria um viés economicamente conservador por detrás de suas propostas; que a teoria não daria devida atenção a questões de justiça distributiva; ainda, que a análise econômica do Direito partiria de pressuposições contestáveis e simplificadoras (como a associação do comportamento humano à de um maximizador racional), chegando a resultados pouco

úteis; e, finalmente, que os cálculos e técnicas exigidos seriam complicados e estariam além da aptidão profissional ordinária de juizes e de advogados.

As críticas lançadas contra a Análise de Custo-Benefício, seu método por excelência, afirmam que nem tudo pode, ou mesmo deve, ser quantificado; que há variáveis inesperadas; que há sempre o risco de se esconder ou acrescentar dados irrelevantes com o propósito de forçar um resultado. Sem qualquer intenção de rebater as críticas lançadas ao utilitarismo ou à análise econômica do Direito – rios de tinta ainda correm nesses debates —, é possível defender a Análise de Impacto Regulatório e seu método de Análise de Custo-Benefício baixando suas pretensões: ao invés de, em todos os casos, arbitrar valores, bastaria, nas hipóteses em que componentes morais tornam monetizações ou aberrações ou ingenuidades, listar as consequências. A simples explicitação vernacular já opera algum efeito de racionalização. Melhor a humildade de apenas descrever consequências do que forçar a barra com quantificações fechadas. Além disso, está-se operando com políticas públicas, que, ao tempo em que são comandos racionais destinados a surtirem efeitos, são também *políticas*, isto é, decisões que expressam valores, visões de mundo, esperanças. Assim como ainda não se inventou calculadora científica que governasse uma *polis*, é importante conter – e por isso mesmo empoderar, ao torná-las realistas – as pretensões econométricas atuantes junto à regulação da economia. Quanto às variáveis inesperadas, faz-se mister incluir na AIR uma taxa de desconto ao imponderável. Por fim, quanto ao problema da “captura econométrica”, seu antídoto é o de toda captura: transparência, clareza, explicitação de premissas, abertura e aceitação de críticas.

Mas se AIR sobrevive às críticas, é importante mencionar seus **riscos**: o primeiro deles é que seja malfeita, e aí daremos poderes ao erro. Existe ainda o risco de se contribuir para a burocratização – há proposta legislativa de AIR que relata a criação de agências ou de órgãos públicos responsáveis pela qualidade da regulação, o que pode ser bom ou ruim. E, o mais óbvio deles, o de que as AIRs sejam contaminadas e simplesmente não sejam para valer: vistas como burocracia preliminar à elaboração de regulações, não chegariam a seu propósito de racionalização e ainda seriam, em si mesmas, mais um custo público.

Nem tudo é crítica e perigo. Há óbvias **vantagens** e **possibilidades** na adoção da AIR. A primeira: se bem feita, serve para incrementar a adesão do mercado à política regulatória, o que significa redução de contestações administrativas e judiciais. Além disso, há o incremento da credibilidade do regulador. Há também os benefícios de se adotar *algum grau* de planejamento na ação pública – coisa excelente num país que sempre caminhou de improviso em improviso. Regulações com alto grau de qualidade estão aptas a efetivarem os objetivos constitucionais; decisionismos administrativos, não. Mas isso tudo é óbvio demais sequer para merecer comentários adicionais.

#### IV - Sua tradução na gramática do Direito

Como dissemos, o debate a respeito da AIR se encontra restrito aos economistas, aos especialistas em gestão pública e a alguns advogados especialistas. Não é tema que, até agora, haja verdadeiramente “acontecido” no mundo jurídico. E a explicação para isso é que o debate se faz em termos econômicos. Ora, operadores institucionais do Direito se alienam muito facilmente com discursos um pouco distanciados de seu padrão de expectativas. A chave para que a AIR venha a se tornar prática consolidada na Administração Pública brasileira também passa por certa difusão de seu conteúdo junto aos profissionais do Direito, categoria que, ainda hoje, compõe grande parte da burocracia especializada, dos legisladores e dos tomadores de decisão no Brasil.

Sem recorrer ao tema da análise econômica do Direito – corrente jurídica ainda pouco massificada, e, dentre os que a conhecem, objeto de críticas –, apresentamos duas sugestões de tradução da Análise de Impacto Regulatório para a gramática do Direito. Nossa proposta intencionalmente se aproveita de lugares argumentativos bastante reconhecíveis pelo operador médio do Direito.

A Análise de Impacto Regulatório pode ser vista como (1) **eficácia positiva do princípio da eficiência administrativa** (art. 37, *caput*, CRFB-88). De fato, em que pese grassar polêmica a respeito do conteúdo jurídico do princípio da eficiência, parece razoável que uma análise prospectiva de prós e contras na atuação regulatória faça parte de um conteúdo propositivo mínimo da referida norma constitucional.

A Análise de Impacto Regulatório é ainda inteiramente (2) **compatível com o dever de proporcionalidade**, em especial com sua terceira máxima parcial, a proporcionalidade em sentido estrito, na qual se analisam prós e contras da adoção da medida jurídica por intermédio da famosíssima técnica da ponderação. No entanto, é preciso cuidado: a proporcionalidade não é a Análise de Impacto Regulatório, é apenas com ela compatível. O postulado da proporcionalidade é argumento jurídico com décadas de elaboração doutrinária e jurisprudencial, e hoje em dia está muitíssimo refinado. Não é apenas uma regra de bom senso, é um *topos* específico da argumentação jurídica. Afirmar que a proporcionalidade em sentido estrito e, portanto, a técnica jurídica da ponderação, traduz-se na Análise de Custo-Benefício, é derivação indevida entre o mundo do Direito e o da economia. Basta que sejam compatíveis.

#### V - Algumas sugestões para o futuro próximo

Apresentadas as grandes linhas do assunto e indicadas algumas possibilidades de tradução do tema no universo do Direito, encerramos o texto com cinco sugestões para a popularização das AIRs.

##### (1) Tornar a discussão acessível aos profissionais do Direito.

A AIR é, por excelência, um modo de pensar econômico, o que não significa que deva ficar restrito aos economistas ou aos especialistas em gestão pública. A chave para um debate

acontecer no Direito é ele cair na agenda do dia de seus operadores institucionais, o que só se faz se os argumentos forem apresentados prontos à assimilação por sua lógica. A tentativa que rascunhamos não esgota o ponto.

#### (2) “Legificá-la.”

Ainda que a realização de AIRs não seja obrigatória em todos os procedimentos regulatórios – há hipóteses em que os custos não compensam –, é importante que exista a previsão legal de sua realização. Atualmente até temos algo que se aproxima de uma norma de AIR – o Decreto Federal nº. 4.176/2002 –, mas ainda é pouco. Precisamos de uma Lei Geral (ou de previsões legais específicas) da Análise de Impacto Regulatório.

#### (3) Criar estruturas institucionais especializadas.

Ou claramente alocar a feitura de AIRs a setores dentro das agências. Não é necessariamente positiva a criação de mais uma entidade pública, mas é importante que as atribuições institucionais para a realização desse tipo de análise estejam claramente demarcadas. Hoje, as atribuições institucionais são pouco claras, ainda que seja promissora a existência de um programa do Governo Federal – o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, o PRO-REG –, que tem se devotado ao tema.

#### (4) Estabelecer um método consistente.

Discussões sobre métodos são infundáveis. Numa área tão complexa e polêmica como a disciplina pública das atividades privadas ou dos serviços públicos, a discussão será ainda mais complicada. Mas, para que existam e funcionem, as AIRs precisarão de algum consenso a respeito de métodos de avaliação de consequências e de qualificação e coleta de dados. Ainda não temos nada próximo disso.

#### (5) Mostrá-la como politicamente neutra.

O sucesso da Análise de Impacto Regulatório passa pela questão do método, e, simultaneamente, no que se incorporam preocupações metódicas, por sua versatilidade. Elaborar um método em que possam constar variáveis sociais, ambientais, culturais, urbanísticas, e não apenas financeiras ou econômicas em sentido estrito, ajuda nisso. A AIR deve ser vista como um instrumento pragmático, útil, e suficientemente plástico para se adaptar às diferentes orientações políticas então vigentes. Ela não pode ser vista como o triunfo tardio da tecnocracia ou como uma estratégia de despolitização seletiva.

### VI - Encerramento

A Análise de Impacto Regulatório é uma boa ideia que merece atenção da comunidade jurídica. Se adequadamente estudada, pode vir a ser o novo grande capítulo do Direito Regulatório. Mas, para tanto, é importante que não seja tratada como mero óbice burocrático, dentro da tradição formalista que por décadas dominou a Administração Pública brasileira, mas

sim como ferramenta essencial para a busca da verdade real e concretização dos princípios da transparência e eficiência, fundamentos básicos do moderno conceito de Administração Pública de resultados.



### NOTAS

<sup>1</sup> JHERING, Rudolf Von. “Im Juristischen Begriffschimmel”. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. 11. ed. 1912. p. 245. *Apud* COHEN, Felix. “Transcendental nonsense and the functional approach”. In: *Columbia Law Review*. Vol. XXXV. N. 6. Junho, 1935. pp. 809-849 (aqui, p. 809).

<sup>2</sup> A respeito da virada pragmático-institucionalista do Direito, v., na literatura internacional. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *University of Chicago Public Law Research Paper n. 28*. VERMEULE, Adrian. “Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation”. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

<sup>3</sup> OCDE. “Building an institutional framework for regulatory impact analysis”.

<sup>4</sup> De acordo com o Escritório de Administração e Orçamento dos EUA, a AIR é instrumento que provê informações sobre a necessidade e as consequências de uma regulação proposta, verifica se os benefícios excedem os custos e se, dentre todas as alternativas, é a que maximiza os benefícios líquidos à sociedade. Já para o Centro Europeu de Políticas Públicas, Análise de Impacto Regulatório é termo usado para se referir ao processo de avaliação de custos e benefícios de uma regulação nova ou existente, com o propósito de aumentar a qualidade da política regulatória. Todas essas definições foram obtidas do excelente trabalho monográfico de Eduardo Bizzo de Pinho Borges, “Determinantes de Qualidade Regulatória: principais instrumentos e o caso brasileiro”, com o qual o autor obteve o IV Prêmio SEAE em 2009. O texto pode ser obtido na Internet. Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca\\_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1º-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf/](http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio-seae/iv-premio/estudantes/monografia-1º-lugar-eduardo-bizzo-de-pinho.pdf/).

<sup>5</sup> SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. *Análise de Impacto Regulatório: uma abordagem exploratória*. Texto para discussão n. 1463. IPEA, 2010. p. 7.

<sup>6</sup> A análise econômica do Direito, conhecida, em inglês, pelo termo *Law and Economics*, é movimento que, surgido em meados do século passado, pressupõe que os indivíduos envolvidos com o Direito ajam como maximizadores racionais de suas satisfações. Há duas assertivas básicas, uma descritiva — o Direito funcionaria com o propósito de aumentar a riqueza, ou seja, as normas e práticas jurídicas pretenderiam facilitar a atribuição de bens, valores e serviços a quem mais os valorizasse —, outra, prescritiva — o Direito deve funcionar assim. O movimento justifica tais assunções alegando que poucas pessoas se oporiam a isso, e que as sociedades ocidentais contemporâneas perceberiam as funções públicas e de Governo de modo utilitarista, sendo certo que a maximização de riqueza seria uma forma de concretizar tal percepção. No mundo atual, com sua pluralidade de fins, maximizar a riqueza seria noção simples que permitiria acordo quanto a uma única finalidade a ser buscada. Nos EUA, o movimento adquiriu bastante penetração, em especial na área do antitruste e da responsabilidade civil. No Brasil, há alguma dificuldade quanto à sua aceitação, e o tom, em geral, é crítico, apesar de sugestões interessantes quanto a algumas apropriações, devidamente adaptadas, em certas áreas (como no Direito Processual Civil). No Direito Concorrencial, como ocorre nos Estados Unidos, o uso é mais difundido, mas isso por características muito próprias da área. O grande autor do *Law and Economics* é Richard Posner. V., para uma apresentação do tema: POSNER, Richard. “Law and Economics in Common-Law”, “Civil-Law”, and developing nations. “Ratio Juris”. Vol. 17, n.º 1. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

<sup>7</sup> Referência ao clássico de Willam James, *Pragmatism — “A New Name for some Old Ways of Thinking”*.