

Comentários à Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019

ART. 5º: ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

ART. 5º: ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

GUSTAVO BINENBOJM

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Consultor.

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.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os requisitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

1. Introdução

A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, fez previsão expressa acerca da realização prévia de análise de impacto regulatório para a edição e alteração de atos normativos pela Administração Pública federal, em seu art. 5º.

A Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE recomenda que as regulações devam “produzir benefícios que justifiquem os seus custos, levando em conta a distribuição dos efeitos por toda a sociedade.”¹ Enquanto a regulação costuma ser justificada a partir das *falhas de mercado*, a AIR se justifica como antídoto ou corretivo contra as chamadas *falhas de regulação*, assim entendidas como medidas regulatórias inaptas a promover os fins determinados pelo ordenamento jurídico, as quais acabam por gerar efeitos indesejados ou mesmo contraproducentes para a sociedade. Segundo Cass Sunstein, as falhas de regulação podem decorrer de defeitos na concepção da medida regulatória (*falhas de concepção*) ou na sua implementação (*falhas de implementação*).² Em geral, as falhas regulatórias se caracterizam pela produção de efeitos sistêmicos inesperados ou indesejáveis, ou por custos sociais que superam os eventuais benefícios da medida.

A adoção da AIR como método decisório no bojo dos processos regulatórios tem como objetivos (i) superar a natural assimetria de informações entre reguladores e agentes econômicos; (ii) dotar

tais processos de maior transparência, legitimidade e *accountability* (responsividade e controlabilidade social); bem como (iii) promover eficiência regulatória, com a redução de custos (para a sociedade e o próprio Estado) e a maximização de benefícios sociais.

Embora a AIR já viesse sendo adotada como procedimento preparatório à tomada de decisões por alguns entes reguladores setoriais no Brasil, o art. 5º da Lei nº 13.874/2019 é o pioneiro dispositivo legal que trata da matéria entre nós.

2. Extensão e alcance da norma legal

O dispositivo deixa claro que a AIR é uma avaliação que pode se referir tanto a uma proposta inaugural de edição de ato normativo, como, também, a uma proposta de alteração de norma preexistente. No primeiro caso, tem-se típica AIR *ex ante*, na qual serão sopesados os potenciais efeitos futuros da medida que se almeja implementar. No segundo caso, tem-se uma combinação da AIR *ex post* com a AIR *ex ante*: serão avaliados os efeitos já produzidos pela normativa em vigor em cotejo com a antecipação dos prováveis efeitos da nova a ser editada em seu lugar. Vale sublinhar que nada impede que a AIR seja pura e simplesmente *ex post*, hipótese em que terá por objeto apenas avaliar se a norma estudada deve permanecer em vigor ou ser revogada, integral ou parcialmente.

Os destinatários da norma legal são os órgãos e entidades da Administração Pública federal, incluídas as autarquias e fundações públicas, esclarecimento do legislador de caráter meramente expletivo e dispensável. Como se vê, o alcance do preceptivo cinge-se à produção normativa da Administração Pública direta e indireta, não abarcando a atividade legiferante propriamente dita. Nada obstante, a alusão genérica a *órgãos* da Administração permite a exegese segunda a qual a AIR é, também, exigível quando a proposta de edição ou alteração de ato normativo parta de órgão situado fora da estrutura do Poder Executivo, mas no exercício de competências administrativas normatizadoras. De pronto, pode-se pensar, em tese, em atos normativos expedidos pelo Tribunal de Contas da União, pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Seria interessante que órgãos típicos de controle dessem o exemplo aos controlados e instituísem procedimentos decisórios de autocontenção e prudência na sua própria produção normativa.

Por outro lado, a AIR é exigível quando em jogo “*propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados (...)*.” Isso significa que, segundo a letra da lei, será devida a realização da AIR quando da medida em questão puder resultar (ou já tiver resultado) algum efeito útil para os agentes econômicos ou para os usuários de serviços. Parece-me que a linguagem fluida e um tanto vaga do legislador pretendeu abranger tanto as atividades econômicas em sentido estrito como os serviços públicos, seja quando estes últimos forem prestados diretamente pelo Estado, seja quando o forem por concessionários ou permissionários, nos termos do art. 175 da Constituição da República. Com efeito, enquanto a expressão “agentes econômicos” alcança fornecedores e consumidores, no âmbito das atividades econômicas privadas, o termo “usuários”, no direito brasileiro, refere-se aos utentes de serviços públicos, consoante o art. 37, § 3º, da Constituição e a Lei nº 13.460/2017.

Cumpra, ainda, mencionar que o legislador não limitou o alcance da norma a propostas normativas relativas à atividade regulatória, no estrito sentido do termo. Inobstante o *nomen iuris*, a AIR “*conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.*” Ora, além das normas clássicas de comando e controle, o dispositivo se aplica, também, a casos menos ortodoxos, como os de regulação por incentivos e os de normas que versem sobre programas de fomento e até sobre intervenção direta do Estado no domínio econômico. Afinal, o que importa na lei são os possíveis efeitos do ato normativo e a verificação da razoabilidade de seu impacto econômico – e não, evidentemente, a categorização feita pela literatura sobre seu enquadramento.

Por fim, registro que a AIR será exigível ainda quando a edição da norma houver sido objeto de delegação para entidades híbridas ou mesmo da sociedade civil, qualquer que seja a forma de

corregulação ou de *autorregulação regulada*.³ Se a Administração Pública estaria sujeita ao dever de realizar a AIR, não faz sentido supor que a participação em conjunto dos agentes privados (ou mesmo a sua substituição por estes) dispense a realização do procedimento. Deveras, o que parece importar para o legislador é a avaliação do impacto econômico pela metodologia da AIR, e não de onde advenha a norma administrativa em questão.

3. Regulamento: início da vigência, metodologia, obrigatoriedade e dispensa

O parágrafo único do art. 5º remete à definição quanto ao início da exigência da AIR à previsão em regulamento. Também nele serão estipulados “o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.”

A decisão do legislador me parece sábia. A uma, porque a exigência da AIR importa elevados custos, emprego de pessoal qualificado e infraestrutura por parte da Administração Pública. É prudente delegar à própria Administração a definição da *vacatio legis* nesse caso, pois a exigibilidade imediata da AIR poderia comprometer sua efetividade e desmoralizar o instituto. Tudo que não se deseja é que a AIR se torne, na prática, um formulário a mais, cujo efeito prático seja apenas o de legitimar decisões previamente tomadas pelo administrador público. Se existe alguma utilidade na AIR, ela consiste em revelar pontos cegos, ampliar o horizonte dos impactos causados pela regulação, de forma a aperfeiçoá-la, isto é, torná-la algo distinto e melhor do que se tinha em mente antes da sua realização.

Veja-se que, embora o dispositivo se refira a “regulamento”, no singular, nada impede que cada órgão ou entidade da Administração edite seu próprio regulamento sobre a matéria, autovinculando-se, desde logo, a prazos, metodologia e hipóteses em que a AIR será exigível ou dispensável. Isso significa dizer, por óbvio, que os atos normativos de cada órgão ou entidade que já tenham sido editados continuarão em vigor, inclusive aqueles que já exigiam a realização de AIR em seu âmbito específico de aplicação. Isto não impedirá que o Presidente da República, via decreto, edite um regulamento geral, ao qual os órgãos públicos e as entidades da Administração Indireta dever-se-ão adequar.

Também me parece adequada a definição da metodologia da AIR pela instância regulamentar. Existem alguns métodos de avaliação de impactos regulatórios praticados mundo afora, tendo destaque a análise de custo-benefício (ACB) e a análise de custo-efetividade (ACE). Na ACB, são levantados todos os possíveis custos decorrentes da medida (para o Estado, empresas, consumidores e terceiros, eventualmente) e sopesados com os potenciais benefícios para toda a sociedade. O desafio da análise é que custos e benefícios devem ser monetizados, de maneira a permitir uma efetiva comparação. Sua utilidade está em lançar luz sobre quanto a sociedade está disposta a pagar para ter acesso a certos benefícios, permitindo escolhas públicas mais informadas.

Já na ACE, não há uma comparação entre custos e benefícios, mas entre os custos de medidas alternativas e seus potenciais resultados (e.g., número de vidas salvas, redução da incidência de doenças, redução da evasão escolar etc.), sem a monetização destes últimos. A vantagem da ACE sobre a ACB é que os resultados não precisam ser monetizados, permitindo que as escolhas recaiam sobre a medida que apresentar melhor desempenho na sua maximização. De outra parte, a ACE não consegue fugir de certa subjetividade na escolha dos objetivos públicos da regulação, isto é, do estabelecimento *a priori* de uma finalidade que será apenas otimizada pela comparação entre possíveis alternativas.

Finalmente, também parece acertada a possibilidade de previsão regulamentar das hipóteses em que a AIR será obrigatória e daquelas em que esta poderá ser dispensada. Por envolver custos elevados, tempo significativo e emprego de pessoal, a AIR deve ser compreendida como um recurso escasso, cuja utilização deve justificar os benefícios que dela possam advir para a sociedade. O regulamento deverá prever critérios quantitativos e qualitativos para tornar a exigência da AIR algo que realmente valha a pena em termos de melhora regulatória. Tal como na

disciplina da licitação, há casos menos relevantes que não justificarão a perda do tempo e dos recursos (financeiros e humanos) para a realização da AIR. Em alguns casos, talvez o regulamento possa exigir uma *AIR simplificada*, deixando a *AIR completa* para situações cujo impacto econômico seja de fato muito relevante.

4. Críticas à AIR e possíveis respostas em sua defesa

A AIR é muito criticada, sobretudo quando se utiliza da metodologia da análise de custo-benefício (ACB). As principais críticas se referem à dificuldade em monetizar bens preciosos, como a vida e a saúde – “*pricing the priceless*”, como sintetizaram Frank Ackerman e Liza Heinzerling.⁴ Com efeito, a incomensurabilidade de alguns bens e a incomparabilidade entre grandezas muito distintas nos leva à necessidade de juízos subjetivos que estabeleçam prioridades em lugar do mero sopesamento quantitativo.

Outra crítica comum à AIR é a chamada visão de túnel, consistente no viés do regulador na seleção da abrangência do que conta como custos e benefícios de uma medida. Por mais aberto que seja o procedimento, sempre haverá de haver uma linha de corte entre os impactos a serem considerados como efeito direto e imediato da regulação, e outros eventuais efeitos secundários, a serem desconsiderados. Isso importa reconhecer uma margem de subjetividade por parte de quem conduz o procedimento, com potencial para influenciar no seu resultado.

Por fim, há quem veja na AIR um instrumento antidemocrático, pois ela permitiria tratamento diferenciado a distintos grupos sociais afetados pela medida regulatória, conforme seus padrões internos de preferência, desafiando a lógica democrática do “*one person, one vote*.” Em outras palavras, a AIR permitiria distribuir os ônus e bônus sociais de medidas governamentais de maneira diferenciada entre grupos de pessoas, consoante diferentes critérios socioeconômicos, geográficos, étnicos, de gênero, entre outros. Ter-se-ia, potencialmente, uma abertura para o *lobby* de grupos de interesses, em detrimento do interesse geral.

Aqui, vão algumas das possíveis respostas em defesa da AIR. Em primeiro lugar, a incomensurabilidade de alguns bens preciosos, como vida e saúde humanas, não impede que esses bens sejam *precificados* para fins de planejamento econômico de políticas públicas estatais (alocação de despesas nos orçamentos de saúde pública), nem que o sejam pelo mercado privado (v.g., o preço dos prêmios de seguros de vida e de seguros de saúde). O fato de a vida e a saúde humanas serem bens sagrados não nos permite ignorar que (i) a sua preservação importa custos, (ii) que os recursos são escassos, (iii) que há, ainda, outras despesas muito importantes e que, por conseguinte, (iv) algumas escolhas trágicas serão necessariamente feitas. Não se trata de reduzir o valor de bens sagrados, mas de reconhecer que os recursos disponíveis para preservá-los não são infinitos, nem excluem outros interesses humanos.

A AIR pode servir à proteção de direitos ao lançar luzes sobre os impactos econômicos que decorrem da regulação, permitindo que cada sociedade faça escolhas esclarecidas sobre o quanto está disposta a pagar por cada bem valioso. Caso a decisão pública já tenha sido tomada pelo legislador ou por outra instância de governo, a AIR poderá assumir a metodologia da análise de custo-efetividade, limitando a avaliação a uma comparação entre a efetividade de medidas alternativas para promover o mesmo fim.

No que se refere à visão de túnel, deve-se ter em conta que este é um risco que se corre em qualquer forma de regulação, haja ou não prévia AIR. A abertura procedimental da AIR, com sua transparente submissão a procedimentos participativos, como consultas e audiências públicas, pode permitir a inclusão de custos e benefícios até então ignorados pelo Estado, evidenciando quem ganha e quem pagará a conta com a medida. Não se nega, portanto, o possível viés do regulador, mas a AIR pode servir como instrumento para evidenciá-lo e até corrigi-lo, eventualmente. Tudo dependerá da seriedade com que o procedimento será conduzido e da capacidade de geração e absorção de informações relevantes por parte dos reguladores.

Por fim, no que toca à objeção democrática à AIR, as críticas não parecem convincentes. Por

evidente, o *lobby* em defesa de grupos de interesses sempre existiu e sempre existirá nas democracias liberais, seja ele legalizado e institucionalizado, ou não. Em muitos casos, a ausência de um estudo de impactos econômicos permite, com maior facilidade, que reguladores adotem medidas baseadas em crenças, preconceitos, vieses os mais diversos ou por puro e simples populismo. Em alguns deles, grupos de interesses são beneficiados sem que haja oportunidade para esclarecimento da sociedade sobre quem ganha e quem pagará a conta, ao fim e ao cabo. A AIR, como procedimento pragmático-consequencialista por excelência, não permite que o regulador se esconda por meio da invocação de valores jurídicos abstratos, devendo levar em consideração os – potenciais ou efetivos – resultados práticos de suas decisões.

5. Conclusão

O objetivo deste breve artigo foi conceituar a Análise de Impacto Regulatório (AIR) como um procedimento administrativo preparatório à tomada de decisão baseado na coleta de informações e análise sistemática de possíveis ou efetivos efeitos de uma medida regulatória, já em vigor ou a ser editada, mediante sopesamento de seus custos, benefícios e efeitos colaterais distribuídos pelas empresas, consumidores, Estado e terceiros eventualmente afetados. Sua previsão expressa no art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, representa a elevação ao patamar hierárquico da legislação ordinária de normas administrativas que, pontualmente, já contemplavam a necessidade da AIR como mecanismo de racionalização da sanha regulatória do Estado.

Nesse processo de gradual institucionalização, terá sobranceira importância a regulamentação que se fará do instituto, seja por meio de um decreto presidencial – em caráter mais geral – seja por meio de resoluções dos diferentes entes reguladores – no âmbito da regulação setorial. Não há na Lei uma amarração *a priori* a uma específica metodologia de AIR, ficando a questão do método e das perguntas relevantes a serem enfrentadas para definição no plano da regulamentação administrativa. De igual modo, o legislador deixou aberta a possibilidade de previsão regulamentar das hipóteses em que a AIR será obrigatória e daquelas em que esta poderá ser dispensada, o que parece ser uma decisão acertada.

Ao final, o artigo aborda as objeções clássicas feitas à AIR e algumas possíveis respostas a elas. A visão que se pretende transmitir é a de que o instituto tem um grande potencial de contribuir para a racionalização e a melhora da eficiência regulatória no país. Todavia, eventuais erros de regulamentação poderão reduzi-lo a uma peça formal – um formulário a mais, como se disse – no já burocrático processo regulatório brasileiro.

NOTAS DE RODAPÉ

1

OCDE, *Recomendação sobre Melhoria da Qualidade Regulatória (OECD Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation)*, in Guia Orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/anexo-v-guia-air.pdf>).

2

SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, pp. 36 e seguintes.

3

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, pp. 280 e seguintes.

4

ACKERMAN, Frank & HEINZERLING, Liza. *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection*. University of Pennsylvania Law Review 150(5):1553-1584 · May 2002.

© desta edição [2020]

