

Análise de Impacto Regulatório: razões e consequências

Thomas V. Conti¹

2019

Sumário: I. Introdução. II. Custo de Oportunidade; III. Distinção Positivo-Normativo; IV. Critérios de Eficiência. V. Consequências empíricas. VI. Considerações finais.

I. Introdução

A necessidade de avaliarmos as consequências de regulações e políticas públicas tem se feito mais presente no país nos últimos anos mediante positividade de dispositivos jurídicos importantes para esse fim. Neste capítulo, situo a Análise de Impacto Regulatório (AIR) dentro dos marcos teóricos e metodológicos da Análise Econômica do Direito (AED): custo de oportunidade, distinção positivo-normativo, eficiência, e alguns resultados empíricos que a AIR trouxe para o desenvolvimento. A sintonia entre os métodos e pressupostos da AED, os métodos exigidos pelos critérios internacionais mais rigorosos de AIR e os bons resultados que a AIR tem trazido ao redor do mundo apontam para um crescimento de ambas nos próximos anos.

A análise de impacto regulatório (*regulatory impact analysis* ou *regulatory impact assessment*, doravante AIR) ganhou grande destaque no Brasil em 2019 com mais de uma peça legal importante e de abrangência nacional determinando que sejam realizadas análises prévias à ação governamental. Uma delas foi a assinatura em 30 de abril de 2019 da MP nº 881/19, popularmente conhecida como “MP da Liberdade Econômica”. Em seu Artigo 5º, a MP instituiu que deverá ser realizada uma AIR antes da edição e alteração de atos normativos de forma a avaliar as consequências dos atos antes da sua aplicação.²

Em 4 de junho, o Senado Federal aprovou a PEC 26/2017 que tem como objetivo criar um sistema integrado de avaliação de políticas públicas via TCU e demais órgãos de controle interno nos três poderes.³

Por fim, em 10 de junho foi publicado o Decreto 9.830/2019,⁴ que regulamente o que está disposto nos artigos 20 e 30 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). O Artigo 20 é de especial interesse para a AIR:

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

O *direcionamento* colocado por esses dispositivos aponta no mesmo sentido de mudanças regulatórias adotadas meio século antes por países da OCDE.⁵

É importante destacar que se trata de um direcionamento, e não necessariamente uma efetiva adequação aos padrões de qualidade de avaliação regulatória *ex-ante* e *ex-post*, pois

¹ Professor do Insper e da pós-graduação da Escola de Direito do Brasil.

Contato: thomasvc@insper.edu.br

² MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019.

³ SENADO FEDERAL, **Aprovada em primeiro turno PEC da avaliação de políticas públicas**, Senado Federal, disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/04/aprovada-em-primeiro-turno-pec-da-avaliacao-de-politicas-publicas>>, acesso em: 5 jun. 2019; Proposta de Emenda à Constituição nº 26, de 2017.

⁴ Decreto nº 9.830, de 10 de Junho de 2019.

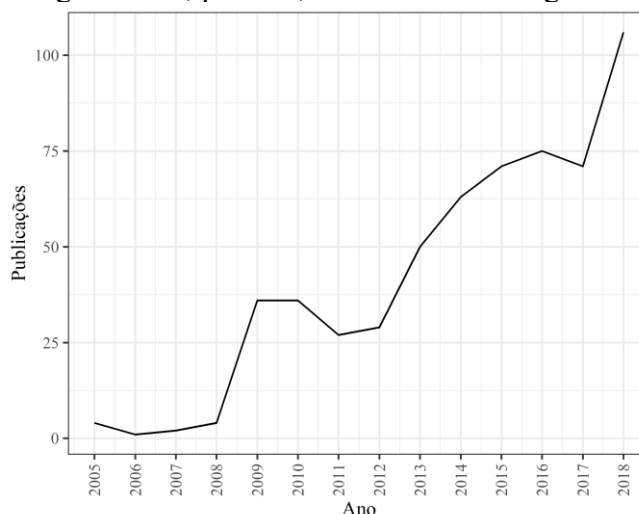
⁵ OECD, **OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation**, Paris: OECD Publishing, 2014.

ainda há uma ampla margem de indefinições nos atos supracitados. Dentre as que aguardam regulamentação futura: (1) quais os critérios de abrangência e impacto que tornam necessária uma AIR; (2) quais organizações ficarão de fato responsáveis pela elaboração de avaliações de impacto; (3) se antes da implementação de novas regulações será necessário uma AIR a título meramente informativo/sugestivo, ou se passar no escrutínio de uma AIR será uma condição necessária para que a proposta regulatória caminhe; (4) a governança em torno da elaboração, fiscalização e transparência das AIRs visando aumentar a qualidade, publicidade e diminuir o viés das avaliações; dentre outros critérios indispensáveis ainda em aberto.

De toda forma, dentro do contexto nacional não deixam de representar passos largos no sentido da melhora da fiscalização de qualidade das nossas políticas públicas – entendidas de forma ampla como escolhas públicas, sejam elas de origem executiva, legislativa, judicial ou de agências reguladoras.

Em temas regulatórios, certamente muito próximos da realidade do Direito, a mudança é tardia no cenário internacional. Países da OCDE como os Estados Unidos acumulam quase meio século de experiência de juristas, demais cientistas sociais e profissionais em antever possíveis efeitos de legislações e regulações. Apesar do sucesso internacional, pelo Brasil o consequencialismo sistemático aplicado a temas do Direito ainda sofre resistências e incompreensões por parte de juristas nacionais. Como mostra a Figura 1, a Análise de Impacto Regulatório era e ainda é uma preocupação muito pequena na nossa academia e instituições públicas.

Figura 1 – Número de publicações⁶ em português com menção ao termo “Análise de Impacto Regulatório”, por ano, indexadas ao Google Acadêmico



Fonte: Elaboração própria. Dados extraídos em 06/06/2019 do buscador Google Acadêmico (<http://scholar.google.com>). As poucas publicações de 1900 a 2005 indexadas estavam com a data de publicação classificada erroneamente pelo buscador e não foram consideradas. Publicações de 2006 em diante foram pressupostas como corretamente classificadas.

⁶ O buscador indexa também textos não-acadêmicos, como legislações e relatórios técnicos de agências governamentais, e textos sem revisão cega por pares, como livros, dissertações e teses. Podemos tomá-lo como uma aproximação otimista das publicações em português sobre o tema. Em uma busca mais restritiva a apenas periódicos acadêmicos no Portal de Periódicos da Capes, a primeira menção ao termo é de 2011 e são encontradas apenas dez publicações que mencionam “Análise de Impacto Regulatório” entre 2011 e junho/2019.

Diante deste atraso relativo, resistência histórica e incompreensões com relação ao consequencialismo, situo a Análise de Impacto Regulatório dentro dos marcos da Análise Econômica do Direito, tendo como objetivo esclarecer os princípios teóricos e metodológicos que alinham as melhores práticas internacionais de AIR com aqueles da AED. O objetivo é que profissionais de diferentes disciplinas e matrizes teóricas possam entender a relação entre essas áreas e as contribuições que trazem para pensar temas jurídicos e regulatórios.

No tópico (II), destaco a importância do custo de oportunidade aplicado às escolhas públicas para entendermos o problema real que a AIR (e a AED) buscam resolver; em (III), distinguimos análise positiva e normativa e a importância dessa separação para pensarmos políticas públicas em um ambiente democrático; em (IV), delimito os diferentes critérios de eficiência, destacando o critério de eficiência Kaldor-Hicks, mais utilizado em Análises Custo-Benefício e AIRs; em (V), reviso brevemente alguns resultados empíricos sobre a AIR; (VI) conclui a discussão.

II. Custo de Oportunidade

Em economia e na Análise Econômica do Direito, reconhece-se que as escolhas, a escassez e o custo de oportunidade são três conceitos indissociáveis entre si. Toda escolha necessariamente implica a renúncia de escolhas alternativas (escassez), fazendo com que o maior benefício exceto o da escolha efetivamente realizada se torne o custo de oportunidade da escolha preferida.

Quando lidamos com agentes econômicos individuais, é razoável e empiricamente comprovado que conseguimos ordenar nossas escolhas conforme nossas preferências. Isto é, somos racionais no sentido econômico do termo. Embora, como todo ser humano, continuemos sempre passíveis de erro, é pouco provável que alguém seria sistematicamente incapaz de ordenar suas preferências e determinar qual é a escolha preferível ante as alternativas. Mesmo na falta de informações perfeitas ou na presença de crenças irracionais, agentes individuais em geral conseguem escolher racionalmente o nível de informações que consideram suficiente para cada caso e o nível de crenças irracionais⁷ que lhe trazem benefícios maiores que custos.⁸

Entretanto, quando olhamos para escolhas públicas, deparamo-nos com problemas de ordem distinta. Primeiro, a quantidade de escolhas alternativas disponíveis para uma organização governamental que escolherá entre políticas públicas, entre legislações ou entre regulações é muito maior do que para um agente individual. O problema da quantidade de informações necessárias para a escolha beira o intratável e os modelos mentais compartilhados (instituições mentais) utilizados para interpretar quaisquer novas informações também podem divergir entre os agentes públicos, tornando o benefício de cada informação marginal difícil de ser mensurado ante seus custos. Não apenas isso, mas a própria ideia de “ordenar escolhas conforme suas preferências” na esfera pública é difícil de ser interpretada. Não há clareza sobre quais são as preferências de um país, estado ou cidade. Via Teorema da

⁷ Irracionais no sentido de serem desprovidas de correspondência com a realidade.

⁸ CAPLAN, Bryan, Rational Irrationality: A Framework for the Neoclassical-Behavioral Debate, *Eastern Economic Journal*, v. 26, n. 2, p. 191–211, 2000.

Impossibilidade de Arrow⁹, sabemos que matematicamente não há forma de agregar o conjunto de preferências da população – via eleição ou plebiscito, por exemplo – que não viole pressupostos básicos desejáveis que esperaríamos de escolhas públicas.

Logo, o desafio com o qual toda sociedade democrática se depara é como garantir, se é que há um meio, que os três braços do governo e demais autarquias farão escolhas que não destruam sistematicamente valor. Isto é, que não se decida por escolhas para as quais havia pelo menos uma alternativa que cumpriria o objetivo proposto com melhor relação custo-benefício.

Em uma Análise de Impacto Regulatório, dentro dos limites do possível busca-se solucionar esse problema exigindo, via legislação e regulamentação específica, que novas propostas regulatórias apresentem escolhas alternativas para atingir os mesmos fins. Um exemplo internacional é a Executive Order 12.291, de 1971, nos Estados Unidos:

Seção 2. Requerimentos Gerais. Ao propagar novas regulações, revisar regulações existentes e desenvolver propostas legislativas regulatórias, todas as agências, no limite permitido pela lei, devem aderir aos seguintes requisitos: (...) (d) Dentre as abordagens alternativas para qualquer objetivo regulatório, a alternativa que envolva o menor custo líquido para a sociedade deve ser escolhida.¹⁰

No Brasil, regra similar foi incluída no Art. 20 da nova LINDB:

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.¹¹

A exigência de se olhar para as alternativas e explicitá-las é um meio de dirimir a probabilidade de um dispositivo regulatório ser promulgado à revelia de considerações sobre meios possivelmente mais eficientes de atingir resultados similares.

Devido ao problema da escassez – de informações, de tempo e de recursos financeiros –, é impraticável considerar *todas* as alternativas, mas uma abordagem *second-best* de exigir algumas delas já aumenta o grau de exigência de qualidade sobre o trabalho regulatório.

Como se trata do problema da renúncia de benefícios alternativos, a exposição do leque de alternativas está longe de ser possível apenas em questões relativas a ganhos econômicos. Tanto a LINDB quanto a Executive Order 12.291 americana são claras ao colocarem a exigência de alternativas para *qualquer* objetivo. Tratarei desse tema mais a frente na discussão sobre eficiência.

A exposição de alternativas implica ainda um desafio epistêmico. Quais alternativas devem ser consideradas, e quais podem ser deixadas de fora? A única resposta sem margem de erro para essa pergunta é que não se constitui um custo de oportunidade aquele benefício alternativo que seria impossível de existir no mundo real. Uma regulação alternativa cujos mecanismos de ação são impossíveis de existir, por exemplo, não tem como gerar benefícios ou custos e deve ser desconsiderada, assim como objetivos impossíveis de serem atingidos.

⁹ ARROW, Kenneth J., A Difficulty in the Concept of Social Welfare, *Journal of Political Economy*, v. 58, n. 4, p. 328–346, 1950.

¹⁰ Executive Order No. 12291, §3, 3 C.F.R. 127.

¹¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

A exposição de alternativas e a escolha daquela que traz melhor relação custo-benefício para a objetivo a ser alcançado deve portanto ser *realista* (possível de existir no mundo real) e *pragmática* (possível de ser alcançada por mecanismos existentes ou que plausivelmente podem ser criados). Essa perspectiva está no cerne da AED, sintetizada na importância da distinção positivo-normativo para o olhar da AED sobre quaisquer temas do Direito.

III. A Distinção Positivo-Normativo

A distinção positivo-normativo tem suas origens na chamada “Guilhotina de Hume” na filosofia. Hume propôs que há uma separação entre as descrições fáticas do mundo e as preocupações com nossas ações e valores. Das descrições fáticas é impossível deduzir qual a ação “certa”, “correta” ou “moral”. A Tabela 1 do economista Mark Blaug sintetiza a separação:¹²

Tabela 1 – A Guilhotina de Hume, segundo Mark Blaug

Positivo	Normativo
É	Deveria
Fatos	Valores
Objetivo	Subjetivo
Descritivo	Prescritivo
Ciência	Arte
Verdadeiro/Falso	Bom/Mau

Fonte: BLAUG, M. (1992).

Essa formulação simples, esquemática, da distinção normativo-positivo ainda é recorrentemente citada e utilizada, porém carece de algumas falhas. Em particular, é ambígua diante da questão se seria possível realizar uma análise positiva livre de valores (normativa) – seja em ciências naturais ou sociais.

Mark Blaug encaminha essa questão com rigor: não, não há como realizar uma descrição positiva completamente livre de valores. Isso porque existem importantes valores *metodológicos* que são indispensáveis para quaisquer análises preocupadas com os fatos, com a descrição de uma realidade, com ciência.

Os critérios metodológicos são responsáveis por: escolher um objeto, caracterizar um objeto, definir um modo de investigação, estabelecer os critérios de validade de argumentos, o uso de um sistema lógico (em geral a lógica clássica, formal) e o que se entende por dados confiáveis. Cada um desses julgamentos é um julgamento normativo e envolvem valores. Não conseguimos caracterizá-los no diapasão verdadeiro/falso, o melhor que podemos fazer é caminhar no sentido de um consenso ou ampla maioria a respeito de quais os valores metodológicos que deveríamos adotar tendo em vista um objetivo em comum.

Em uma análise de impacto regulatório, esse objetivo costuma ser o de aproximar a estimativa de um cenário contrafactual com o máximo de correspondência com aquilo que se observaria de fato no mundo real caso se escolhesse por aquele caminho. Ao

¹² BLAUG, Mark, *Methodology of Economics*, 2. ed. Cambridge ; New York, NY: Cambridge University Press, 1992.

consequencialismo filosófico, posição que entende as consequências das ações como base de julgamento sobre suas propriedades normativas,¹³ coloca-se a restrição adicional de que os maiores padrões de evidência e as teorias mais aceitas e empiricamente testadas deverão ser utilizados para se criar um entendimento comum a respeito das consequências futuras e das escolhas alternativas à disposição do poder público. Por exemplo, na Executive Order 12.291 dos Estados Unidos:

- (a) Decisões administrativas devem ser baseadas em informações adequadas a respeito da necessidade e das consequências da proposta de ação do governo;¹⁴

Há quem rejeite essa posição, entendendo tratar-se de uma defesa tecnocrática sobre o Direito e o poder público. Mais surpreendente talvez seja autores importantes defensores da proposta da AIR, como Cass Sustein, entenderem essa restrição adicional como um elemento tecnocrático – ainda que, na visão dele, isso seja positivo.¹⁵ O erro está em ignorar dois pontos importantes, (1) a forte influência da nossa avaliação de consequências para definirmos nossa avaliação normativa sobre uma situação; (2) os elementos democráticos das maiores exigências sobre a avaliação das consequências reais.

Quaisquer avaliações que possamos ter sobre o valor de uma regulação ou política pública necessariamente depende do nosso entendimento do estado atual do mundo, das relações de causa e efeito que se seguirão das nossas ações e de quais alternativas estavam disponíveis. Dilemas éticos frequentemente contrastam nossos princípios morais comuns com as escolhas difíceis que as situações reais nos colocam, além de serem em si mesmos difíceis de se avaliar quando há conflito de princípios.

Ou seja, na medida em que se permite regulações com justificativas que não fazem o melhor acesso do estado atual de evidências e de teoria, não estamos apenas “democratizando” as decisões no sentido de permitir que quaisquer decisões da maioria ou de seus representantes possam ocorrer. Estamos de facto *direcionando* a escolha da maioria ou de seus representantes para determinadas conclusões, com o agravante delas terem uma maior probabilidade de erro, serem impossíveis na prática, ou de terem consequências contrárias ao que se espera.

Também por conta dessa influência, é preciso reconhecer os elementos democráticos que subjazem a proposta da AIR. Primeiro, ela coloca um critério mais rigoroso para a conduta de agentes públicos ante a alternativa de não se realizar avaliações de impacto. Essas restrições implicam uma menor desigualdade entre o grau de liberdade do tomador de decisão e as regras socialmente acordadas para a sua conduta. A última coisa que um autocrata ou ditador deseja é ter que explicar seus motivos, ser transparente quanto as bases das suas decisões e sujeita-las ao escrutínio público. Não por coincidência, a AIR surgiu em democracias consolidadas e, mesmo nelas, é historicamente recente.

Segundo, da parte da população em geral, não é razoável supormos que diante de dois leques de opções, uma com mais opções imprevisíveis, inconsequentes, propensas ao erro, e outro leque de opções mais previsíveis, mais consequentes, menos propensas ao erro, agentes

¹³ SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, Consequentialism, *in*: ZALTA, Edward N. (Org.), **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2019. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.

¹⁴ Executive Order No. 12291, §3, 3 C.F.R. 127.

¹⁵ SUNSTEIN, Cass R., **The Cost-Benefit Revolution**, Cambridge, MA: The MIT Press, 2018.

racionalmente escolheriam em sua maioria o primeiro leque de opções. Caso se prefira o primeiro leque ou alguma escolha específica dentro dele, imediatamente se incorre na dificuldade de como justificá-la.

Não raro, as restrições são rejeitadas não por elementos tecnocráticos – no sentido de impedir o exercício de uma democracia em favor de deliberações técnicas – mas, pelo contrário, por estenderem a democracia demais, para áreas onde o *rent-seeking*, o lobby, a discricionariedade do poder político e econômico tomava decisões à revelia de justificativas, mesmo se suas consequências forem indesejadas ou que existiriam alternativas que trariam maior benefício social.

Isto é, as regras da AIR e de ACBs em geral não são suficientes para direcionar de forma tecnocrática as escolhas, mas são fortes restrições ao exercício arbitrário, inconsequente e socialmente custoso de escolhas públicas de qualquer natureza.

IV. Critérios de Eficiência

Talvez a maior controversa a respeito das Análises de Impacto Regulatório seja a respeito de, uma vez que se define um objetivo e os projetos alternativos, quais serão os critérios para ordenar os projetos do mais preferível ao menos preferível. Em geral, utiliza-se uma Análise Custo-Benefício¹⁶ (ACB, ou CBA em inglês) para estimar os custos e benefício de cada alternativa, e depois escolhe-se aquela que é mais eficiente na obtenção do resultado desejado, ante as alternativas.

No entanto, eficiência é uma palavra com mais de um significado possível. Em economia, temos a eficiência técnica, a eficiência alocativa, a eficiência de Pareto e a eficiência Kaldor-Hicks. Cada um desses critérios pode ter seu valor para uma AIR e uma boa análise envolve um olhar criterioso para cada projeto à luz desses conceitos de eficiência.

Eficiência produtiva ou *eficiência técnica*. É o conceito mais intuitivo de eficiência, consistindo de uma medida de proporcionalidade entre o resultado esperado e os custos ou perdas envolvidos na obtenção desse resultado. Por exemplo, realizar determinada atividade com uma eficiência de 80% significa que de tudo gasto para obtê-la, 20% se perde no processo. Apesar de mais intuitivo, não significa que seja um conceito simples de ser aplicado a questões socioeconômicas. Pois são necessários pelo menos três elementos para se avaliar a eficiência técnica de qualquer atividade, incluindo propostas regulatórias: (1) pelo menos um objetivo explícito; (2) elencar os meios disponíveis para atingi-lo; (3) comparar com as formas alternativas de se alcançar o mesmo objetivo.

O objetivo explícito é indispensável, pois na ausência dele não há “saída”, “resultado”, ou “consequência” passível de mensuração para se avaliar a eficiência dos meios empregados. Mesmo uma política pública catastrófica, dispendiosa e de baixo retorno, terá por exemplo “gerado empregos” e sob essa ótica talvez tenha tido algum nível de eficiência. Na área regulatória, os efeitos podem ser dos mais diversos e sem ter clareza de qual é o objetivo a ser alcançado não é possível buscar evidências para avaliar se o resultado foi alcançado ou não.

¹⁶ IPEA, *Avaliação de Políticas Públicas - Guia Prático de Análise Ex Ante*, Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018; BOARDMAN, Anthony *et al*, *Cost-Benefit Analysis*, 4 edition. Boston, Mass.: Pearson, 2010.

Meios e alternativas também são indispensáveis. Mesmo que se chegue a uma conclusão a respeito da eficiência técnica de um meio empregado, não há como realmente sabermos se ele foi muito ou pouco eficiente sem informações a respeito das alternativas disponíveis. Um método com eficiência de 15% pode parecer pouco, mas se a segunda melhor alternativa disponível tiver uma eficiência de 5%, ele é o mais eficiente disponível.

Eficiência alocativa. Trata-se de um conceito mais complexo que a eficiência técnica. Avaliamos a eficiência alocativa de uma proposta olhando não para uma relação estrita entre fins e meios, como na eficiência técnica, mas adotando a perspectiva da sociedade como um todo que olha para o fim pretendido à luz de outros fins disponíveis. Em outras palavras, mesmo uma proposta com eficiência de 99% será inútil se o objetivo final que ela busca alcançar não for valorado socialmente. De forma ainda mais sucinta, não adianta produzir algo de forma eficiente se ao final não há nenhum uso para aquilo que foi produzido.

A eficiência alocativa trata justamente desse problema da valoração social. Em economia, teorias sobre externalidades, bens públicos, risco moral, assimetria de informações, dentre muitas outras, visam avaliar justamente problemas alocativos no nível da sociedade que poderiam justificar determinada intervenção regulatória.

Por outro lado, igualmente importante para a AIR e o critério de eficiência alocativa, há também uma vasta literatura teórica e empírica mostrando os casos onde *não há* problema alocativo. Nesses casos, não há como uma intervenção obter maior eficiência alocativa, não importa quão eficiente no sentido técnico ela seja.

Eficiência de Pareto e Eficiência Kaldor-Hicks. Estes dois critérios de eficiência servem para comparar diferentes alocações de recursos e os trade-offs, ganhos e perdas, envolvidos em cada alternativa. É eficiente no sentido de Pareto a alocação de recursos que, comparada a uma alternativa, consegue que pelo menos uma pessoa esteja em melhor situação sem que nenhuma pessoa esteja em pior situação. Caso não exista nenhuma alocação alternativa possível onde pelo menos uma pessoa esteja melhor e nenhuma esteja pior, dizemos que essa alocação é um ótimo de Pareto.

Em situações do mundo real, é muito difícil pensar uma escolha coletiva que não envolva pelo menos uma pessoa piorar de situação, mesmo medidas que trariam ganhos sociais extraordinários. O critério de eficiência Kaldor-Hicks visa contornar essa limitação do critério de Pareto. No critério de eficiência Kaldor-Hicks, basta que uma alocação de recursos gere benefícios que seriam, hipoteticamente, suficientes para compensar aqueles que tiveram um prejuízo, para que consideremos a alocação eficiente. A eficiência Kaldor-Hicks é o principal critério utilizado, ou tido como pressuposto, para realizar AIRs e comparar os efeitos de diferentes dispositivos regulatórios. Também é utilizada em ACBs. Como coloca a regulação dos Estados Unidos:

- (b) Devem ser escolhidos objetivos regulatórios que maximizem os benefícios líquidos para a sociedade;
- (c) Dentre as abordagens alternativas para qualquer objetivo regulatório, a alternativa que envolva o menor custo líquido para a sociedade deve ser escolhida; e
- (d) Agências devem definir prioridades regulatórias com o objetivo de maximizar os benefícios líquidos agregados para a sociedade, levando em conta a condição de indústrias

específicas afetadas pelas regulações, a condição da economia nacional e outras ações regulatórias pensadas para o futuro.¹⁷

É importante destacar que os conceitos utilizados até o momento, incluindo os conceitos de eficiência acima descritos, não colocam restrições adicionais a respeito do que é mensurável e do que não o é. Hipoteticamente, poderiam ser aplicados para quaisquer tipos de escolhas públicas, embora seja mais fácil tratar de questões mensuráveis do que não mensuráveis.

A importância de elementos não-mensuráveis para a escolha pública está prevista desde a primeira legislação americana de AIR:

(d) Para permitir que cada regra principal proposta seja analisada à luz dos requisitos estabelecidos na Seção 2 deste Pedido, cada Análise de Impacto Regulatório preliminar e final deverá conter as seguintes informações:

(1) Uma descrição dos benefícios potenciais da regra, incluindo quaisquer efeitos benéficos que não podem ser quantificados em termos monetários, e a identificação daqueles que podem receber os benefícios;

(2) Uma descrição dos custos potenciais da regra, incluindo quaisquer efeitos adversos que não podem ser quantificados em termos monetários, e a identificação daqueles que podem arcar com os custos;

(3) uma determinação dos potenciais benefícios líquidos da regra, incluindo uma avaliação dos efeitos que não podem ser quantificados em termos monetários;

(4) Uma descrição das abordagens alternativas que poderiam atingir substancialmente a mesma meta regulatória a um custo menor, juntamente com uma análise desse potencial benefício e custos e uma breve explicação das razões legais pelas quais tais alternativas, se propostas, não pudessem ser adotadas; e

(5) A menos que seja coberto pela descrição exigida pelo parágrafo (4) desta subseção, uma explicação de quaisquer razões legais pelas quais a regra não pode se basear nos requisitos estabelecidos na Seção 2 deste Pedido.¹⁸

A inclusão de uma lista mesmo daquilo que não é mensurável é muito importante para a escolha pública, na medida que permite pesar os custos e benefícios mensuráveis de cada alternativa, restando mais informações para pesar e escolher sobre os custos e benefícios imensuráveis de cada alternativa. Embora seja relativamente comum a crítica de que AIRs e ACBs caiam no problema do economicismo, na verdade ambas – quando feitas adequadamente – permitem um acesso mais amplo, transparente e menos propenso a erros graves do que métodos intuitivos e de grande liberdade de ação e justificação que predominam na maior parte dos países do mundo.

¹⁷ Executive Order No. 12291, §3, 3 C.F.R. 127.

¹⁸ *Ibid.*

V. Consequências empíricas

O resultado da exigência de regras simples, porém rigorosas do ponto de vista lógico e prático, para desenhar, implementar e revisar regras regulatórias vem sendo positivos nos últimos anos, de acordo com alguns estudos voltados para avaliar empiricamente as consequências de se exigir AIRs.

Em estudo recente, Jerry Ellig e Rosemarie Fike identificaram elementos que caracterizam AIRs de maior qualidade. Avisar com antecedência as propostas de novas regulações, consultar previamente as entidades mais diretamente afetadas pela regulação, organização de comitês consultivos e maior papel da *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) têm impacto positivo sobre as AIRs. Por outro lado, consultas públicas antes das propostas não parecem ter o mesmo efeito.¹⁹

Atualmente, quase todos os países membros da OCDE adotam uma regulação de regulações, ou “meta-regulação”, que demanda a utilização de AIRs. Os desafios de aplicação são muito substanciais, uma vez que para muitos casos regulatórios a falta de dados adequados para se avaliar a regulação em questão é patente.²⁰ Entretanto, há um entendimento comum no arcabouço da OCDE de que sem iniciar os primeiros passos nesse sentido os dados não ficarão disponíveis, e a preocupação em sistematizar os motivos, objetivos, fontes de informação, justificativas e avalia-los continuamente é também uma forma de gerar dados para AIRs futuras. Pode facilitar também a troca de experiências entre países e um aprendizado geral a respeito das regulações disponíveis e os desafios que encontraram – ainda que a promessa maior de avaliar estritamente as relações causais e mensurar todas as suas aplicações ainda esteja no futuro.²¹

Em um tópico de suma importância para a Análise Econômica do Direito, a qualidade regulatória almejada pelos critérios da AIR tem se mostrado eficaz em aumentar a segurança jurídica e conseqüentemente reduzir a litigância. Avaliação empírica recente de Samantha Bielen e Wim Marnefe mostrou que a baixa qualidade regulatória é propensa a estimular recursos à justiça e aumenta o tempo envolvido nas decisões, uma vez que dificulta a visualização clara dos dispositivos que prevê ou tem relações custo-benefício desproporcionais, gerando prejuízos substanciais que se convertem em incentivos à litigar e disputar as regras colocadas.²² No Brasil, um exemplo de avaliação *ex-ante* nesse sentido foi o realizado por Luciana Yeung, em sua avaliação do impacto do Novo Código Comercial, que estimou em perspectiva otimista um impacto de R\$24,6 bilhões de reais caso ele seja implementado, sendo a maior parte destes custos relacionados com recursos à justiça, litigância e insegurança jurídica.²³

¹⁹ ELLIG, Jerry; FIKE, Rosemarie, Regulatory Process, Regulatory Reform, and the Quality of Regulatory Impact Analysis 1, *Journal of Benefit-Cost Analysis*, v. 7, n. 3, p. 523–559, 2016.

²⁰ MEUWESE, Anne; SCHELTEMA, Michiel; VELDEN, Lynn van der, The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment, *European Journal of Risk Regulation*, v. 6, n. 1, p. 101–110, 2015.

²¹ *Ibid.*

²² BIELEN, Samantha; MARNEFFE, Wim; POPELIER, Patricia, A Conceptual Framework on the Impact of Regulatory Quality on Litigation, *The Theory and Practice of Legislation*, v. 3, n. 1, p. 23–43, 2015.

²³ YEUNG, Luciana, *Medindo os Impactos do PL 1.572 da Câmara dos Deputados, ou do PL 487 do Senado Federal, que propõem o Novo Código Comercial Brasileiro*, São Paulo, SP: Insper, 2014.

Por enquanto, ainda há uma escassez de estudos avaliando o impacto das avaliações de impacto regulatório. Em grande parte isso se deve à dificuldade de se avaliar o impacto disperso de uma meta-regulação como essa, a qualidade da sua aplicação e dos estudos realizados por diferentes agentes. Por outro lado, ao contrário de regulações sem igual exigência de qualidade, cada AIR, ao colocar lado a lado diferentes alternativas, é capaz de estimar – ao menos *ex-ante* –, o benefício social que está agregando diante de alternativas igualmente plausíveis de regulação, como o caso do Novo Código Comercial o fez.

VI. Considerações finais

As motivações teóricas e políticas por trás de AIRs estão fundadas em princípios muito simples e razoáveis de guia para políticas públicas em geral. Ser explícito quanto a objetivos, comparar alternativas e preferir minimizar o custo social ou maximizar a eficiência da medida são resultados esperados de qualquer boa regulação. A transparência quanto a justificativas, padrões comparativos e fontes confiáveis de informação também é determinante para diminuir o poder do lobby e de regulações voltadas a destruir valor social.

Apenas recentemente o Brasil tem dado maior valor para esses quesitos. Os desafios colocados em outros países do mundo estão na disponibilidade de dados, pessoas com conhecimento e regras institucionais fortes para auditar o processo e garantir a qualidade das avaliações. A abordagem da Análise Econômica do Direito é uma aliada indispensável desses esforços e se espera que cresça entre juristas nos próximos anos, caso queiramos ser bem sucedidos em atender a critérios maiores de qualidade em nossas regulações.

Bibliografia

- ARROW, Kenneth J. A Difficulty in the Concept of Social Welfare. **Journal of Political Economy**, v. 58, n. 4, p. 328–346, 1950.
- BIELLEN, Samantha; MARNEFFE, Wim; POPELIER, Patricia. A Conceptual Framework on the Impact of Regulatory Quality on Litigation. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 3, n. 1, p. 23–43, 2015.
- BLAUG, Mark. **Methodology of Economics**. 2. ed. Cambridge ; New York, NY: Cambridge University Press, 1992.
- BOARDMAN, Anthony; GREENBERG, David; VINING, Aidan; *et al.* **Cost-Benefit Analysis**. 4 edition. Boston, Mass.: Pearson, 2010.
- CAPLAN, Bryan. Rational Irrationality: A Framework for the Neoclassical-Behavioral Debate. **Eastern Economic Journal**, v. 26, n. 2, p. 191–211, 2000.
- ELLIG, Jerry; FIKE, Rosemarie. Regulatory Process, Regulatory Reform, and the Quality of Regulatory Impact Analysis 1. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, v. 7, n. 3, p. 523–559, 2016.
- IPEA. **Avaliação de Políticas Públicas - Guia Prático de Análise Ex Ante**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. 3v. Disponível em: <<http://bit.ly/2IRteCs>>.

- MEUWESE, Anne; SCHELTEMA, Michiel; VELDEN, Lynn van der. The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment. **European Journal of Risk Regulation**, v. 6, n. 1, p. 101–110, 2015.
- OECD. **OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation**. Paris: OECD Publishing, 2014. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1787/9789264214453-en>>.
- SENADO FEDERAL. **Aprovada em primeiro turno PEC da avaliação de políticas públicas**. Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/04/aprovada-em-primeiro-turno-pec-da-avaliacao-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Summer 2019. [s.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/consequentialism/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2018.
- YEUNG, Luciana. **Medindo os Impactos do PL 1.572 da Câmara dos Deputados, ou do PL 487 do Senado Federal, que propõem o Novo Código Comercial Brasileiro**. São Paulo, SP: Insper, 2014. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/Impactos-PL1572-Camara-Deputados-PL487-Senado-Federal-Novo-Codigo-Comercial-Brasileiro.pdf>>.
- Decreto nº 9.830, de 10 de Junho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.
- Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#art20>. Acesso em: 12 jun. 2019.
- Executive Order No. 12291, §3, 3 C.F.R. 127. Disponível em: <<https://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>>.
- MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>.
- Proposta de Emenda à Constituição nº 26, de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129887>>.