

Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório – AIRs no Brasil

As exceções e os riscos da desconsideração dos impactos sociais e ambientais

Parte I

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da UnB. Ex-
Conselheira do CADE.

Para entender melhor o papel das Análises de Impacto Regulatório – AIRs no direito brasileiro, há que se contextualizar o referido instrumento diante da tendência crescente de se ressaltar a importância das consequências das decisões do Poder Público, quaisquer que sejam, judiciais ou administrativas, regulatórias ou não. É o que fica claro, por exemplo, com o art. 20, da LINDB, introduzido pela Lei 13.655/2018.

Sob essa perspectiva, a AIR tem sido vista, inclusive no âmbito internacional, como um dos mais importantes mecanismos para avaliar as consequências de decisões regulatórias. A OCDE, por exemplo, associa o instrumento, no que diz respeito aos países em desenvolvimento, à melhoria da qualidade da regulação, ao aperfeiçoamento da regulação por evidências, à integração de múltiplos objetivos de política econômica e à melhor transparência, consulta e *accountability*.¹

Logo, a AIR está intrinsecamente relacionada ao dever de motivação e fundamentação das decisões regulatórias e ao aspecto de legitimação da regulação pelo procedimento, razão pela qual está em evidente conexão com consultas e audiências públicas.

¹ *Regulatory Impact Analysis in OECD Countries. Challenges for Developing Countries.* <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/35258511.pdf>

Do ponto de vista legislativo, a AIR foi expressamente prevista pela Lei das Agências (Lei 13.848/2019), cujo art. 6º determina que “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.”

Ampliando a necessidade da AIR para além do âmbito das agências reguladoras, a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) previu a análise de impacto regulatório como mecanismo específico para assegurar a necessária avaliação das consequências da regulação. Nos termos do seu 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.”

Apesar da diferença de abrangência, as duas previsões legais a respeito da AIR são muito convergentes, na medida em que restringem o mecanismo a atos normativos de interesse geral. Esse corte é importante porque, apesar de todos os benefícios da AIR, ela costuma ser trabalhosa, complexa e custosa, de maneira que a sua ampliação excessiva poderia trazer mais problemas do que soluções.

Outro ponto convergente das duas previsões legais é a de tratarem a análise de impacto regulatório de forma bastante geral, deixando para o regulamento a especificação de suas hipóteses de aplicação ou dispensa, bem como os requisitos materiais – incluindo aí a metodologia - e procedimentais para a sua implementação.

Não obstante, é fácil verificar que a Lei das Agências é um pouco mais minuciosa, chegando a antecipar alguns critérios procedimentais da AIR, indicando que (i) o relatório de AIR é anterior à realização de consulta ou de audiência pública (art. 6º, § 4º) e (ii) nos casos em que não for realizada a AIR, deve ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão (art. 6º, § 5º).

Para dar concretude à Lei das Agências e à Lei de Liberdade Econômica, o Decreto nº 10.411/2020 procurou disciplinar os aspectos principais da AIR. Vale ressaltar que o Decreto entra em vigor em 15.04.2021 em relação às agências reguladoras, ao Inmetro e ao Ministério da Economia (art. 24, I) e em 14.10.2021 para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 24, II).

Ao se analisar o decreto, chama a atenção, em primeiro lugar, o fato de que as exceções à AIR são consideráveis. Basta dizer que, no art. 1º, § 3º, ficam excepcionadas as propostas de edição de decreto ou atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional. Trata-se de isenção cuja amplitude é bastante discutível, como se observa por vários exemplos recentes, dentre os quais os decretos presidenciais sobre liberação de armas, que tratam de assunto controverso e complexo sem nenhum estudo consistente sobre seus impactos econômicos e sociais.

O art. 3º, § 2º, do Decreto, também traz um considerável rol de exceções, enquanto o § 4º prevê inúmeras hipóteses de dispensa, muitas das quais sujeitas a requisitos excessivamente amplos e que podem dar margem a muitas controvérsias interpretativas.

Um exemplo diz respeito aos atos normativos considerados de baixo impacto (art. 4º, II), o que nos remete à definição do art. 2º, II, que depende da avaliação de requisitos – como a inexistência de aumento expressivo de custos para os agentes econômicos ou para os usuários (art. 2º, II, “a”) e não repercussão de forma substancial em políticas públicas de saúde, segurança, ambientais, econômicas ou sociais (art. 2º, II, “c”) – que dificilmente podem ser constatados, de forma segura, sem uma AIR, ainda que simplificada.

Muitas outras hipóteses de dispensa, longe de permitirem uma constatação simplificada ou *prima facie*, dependem de considerações complexas, tais como as de atos normativos que visem a manter a convergência a padrões internacionais (art. 4º, VI), atos normativos que procurem diminuir custos regulatórios (art. 4º, VII) e atos normativos que procurem adequar normas ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente (art. 4º, VIII).

Dessa maneira, a primeira grande dificuldade é saber se, no legítimo propósito de definir o alcance da AIR, o Decreto prevê critérios

adequados e minimamente seguros. Como já se adiantou, tudo leva a crer que não, motivo pelo qual podem surgir inúmeras controvérsias em torno do assunto.

Outro problema do Decreto é a prevalência de uma visão excessivamente “economicista” da AIR², que privilegia os custos dos regulados, dos consumidores e do próprio poder público, mas pouco ou nada fala dos custos ou impactos sociais e ambientais. Com efeito, estes não são tratados nem como componentes necessários e obrigatórios da AIR, nem como questões que deveriam ser analisadas de forma complementar, por qualquer que seja o meio, incluindo aí as análises de impacto social.

Aliás, a própria definição dos custos regulatórios mostra que o foco da AIR diz respeito aos custos dos regulados, dos usuários ou do poder público relacionado ao cumprimento da regulação. Afinal, o art. 2º, IV, define custos regulatórios como “estimativa dos custos, diretos e indiretos, identificados com o emprego da metodologia específica escolhida para o caso concreto, que possam vir a ser incorridos pelos agentes econômicos, pelos usuários dos serviços prestados e, se for o caso, por outros órgãos ou entidades públicos, para estar em conformidade com as novas exigências e obrigações a serem estabelecidas pelo órgão ou pela entidade competente, além dos custos que devam ser incorridos pelo órgão ou pela entidade competente para monitorar e fiscalizar o cumprimento dessas novas exigências e obrigações por parte dos agentes econômicos e dos usuários dos serviços prestados.”

Além de não haver nenhuma menção aos custos sociais e ambientais, a definição também não permite nenhuma consideração sobre as externalidades negativas da atividade econômica que a regulação pode tentar endereçar.

No que diz respeito à questão ambiental, o Decreto praticamente a ignora, mencionando-a tão somente na definição de ato normativo de baixo impacto, visto como aquele que, dentre outras características, não repercute de forma substancial nas políticas públicas ambientais. Ainda que se possa extrair, *a contrario sensu*, que a repercussão em políticas públicas ambientais torna o

²Entende-se por economicismo a visão reducionista e distorcida da economia que privilegia apenas os interesses de determinados agentes econômicos em detrimento dos interesses gerais da sociedade. Para maiores informações, ver Ana Frazão. Economicismo e bad economics. *Jota*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economicismo-e-bad-economics-02052019.

ato como de alto impacto, não há nenhuma solução ou mecanismo para incorporar as preocupações ambientais na AIR.

Algo semelhante ocorre em relação às preocupações sociais. Chega a ser irônico que, na avaliação de resultado regulatório – a ARR, que ocorre *ex post* (art. 2º, III) -, o Decreto exija que sejam analisados os impactos da regulação não só sobre o mercado, mas também sobre a sociedade (art. 2º, III), quando tal observação deveria estar igualmente presente, de forma clara e expressa, também em relação à AIR.

E não é só isso. Ao se analisar o conjunto do Decreto, fica claro que ocorreu a nítida priorização do viés economicista, sem maiores preocupações com as questões sociais ou ambientais, a fim de justificar a agenda de desregulação do governo.

Prova de tal afirmação é a questionável hipótese de dispensa de AIR prevista no art. 4º, VII – “ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir custos regulatórios”. Interpretada à luz da definição de custo regulatório constante do art. 2º, II – que, como já se viu, apenas considera os custos dos agentes econômicos sujeitos à regulação, dos consumidores e do Poder Público com o *enforcement* da regulação -, a hipótese pode ser utilizada para justificar o afastamento da AIR em todos os casos de desregulação, sem qualquer consideração sobre os benefícios sociais e ambientais da regulação em tais searas e sobre os impactos sociais e ambientais negativos que decorreriam da desregulação.

Verdade seja dita que, com certo esforço interpretativo, é possível superar tais deficiências do Decreto, até porque o art. 6º, III, estabelece como requisito da AIR a “identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado”. Dessa maneira, parte-se da premissa de que todos os interesses afetados, incluindo obviamente os interesses sociais e ambientais, terão que ser identificados e avaliados.

Entretanto, ao não mencionar expressamente os impactos sociais e ambientais nem criar instrumentos específicos para a sua avaliação, é inequívoco que o Decreto estabelece uma priorização dos interesses de

regulados, usuários e do próprio Poder Público sobre os demais interesses, a partir da noção de custo regulatório estabelecida no art. 2º, IV.

Essa falta de atenção com os impactos sociais e ambientais da regulação é ainda mais preocupante quando se sabe que é muito mais fácil quantificar os custos da regulação sofridos por agentes econômicos e usuários – normalmente diretos e sentidos imediatamente ou no curto prazo - do que os benefícios da regulação em relação à sociedade e ao meio ambiente – muitas vezes indiretos ou sentidos no médio ou longo prazo.

Por essa razão, mesmo quanto todos os aspectos da regulação são analisados, já pode existir um desbalanceamento da representatividade dos interesses sociais e ambientais, o que pode ser reforçado pela metodologia a ser utilizada e pela falta de canais de participação dos setores envolvidos no processo de regulação ou desregulação. Aliás, no caso brasileiro, como se verá na continuidade da série, como o Decreto é também falho em relação aos procedimentos de participação social, esse problema pode agravar o viés excessivamente economicista da análise.

É em virtude dos problemas já anunciados que a experiência estrangeira demonstra que a consideração de questões sociais e ambientais é imprescindível para as AIRs. Aliás, as recomendações da OCDE sobre a utilização do mecanismo deixam claro que o seu objetivo é justificar se os benefícios econômicos, sociais e ambientais da regulação justificam os seus custos.³

Em sentido semelhante, no *Global Indicators of Regulatory Governance: Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments*, o Banco Mundial indica que, dentre os impactos a serem cobertos pela AIR, estão os (i) benefícios esperados da regulação, (ii) impactos em obrigações ou acordos internacionais, (iii) impactos sobre o meio ambiente, (iv) impactos na competitividade e na abertura dos mercados, (v) impactos sobre pequenas e médias empresas.⁴

É inequívoco, portanto, que o Decreto perdeu uma excelente oportunidade de disciplinar melhor as AIRs, ocasião em que teria ao menos que

3 *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209022-en>

4 <http://documents1.worldbank.org/curated/en/905611520284525814/Global-Indicators-of-Regulatory-Governance-Worldwide-Practices-of-Regulatory-Impact-Assessments.pdf>

indicar, de forma clara e expressa, que os custos e os impactos econômicos e sociais positivos e negativos precisam ser considerados na análise.

A omissão do Decreto – provavelmente intencional, já que a priorização do viés economicista é condizente com a política de livres mercados e de desregulação defendida pelo governo – pode ser, portanto, um grande obstáculo para a sua eficácia ou para que possa cumprir adequadamente os objetivos de aumentar a qualidade da regulação.

Todavia, os problemas do Decreto não se restringem aos já mencionados, como se continuará a examinar nos próximos artigos da série.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/perspectivas-das-analises-de-impacto-regulatorio-airs-no-brasil-17022021

Publicado em 17/02/2021