

Perspectivas das Análises de Impacto Regulatório – AIRs no Brasil

A importância da participação social e as falhas do Decreto 10.411/2020
Parte VI

Ana Frazão

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

Os artigos anteriores da série procuraram mostrar como é difícil realizar uma boa AIR, diante das próprias limitações das metodologias preditivas e quantitativas. Isso sem falar nos aspectos subjetivos e valorativos que lhes são inerentes, bem como dos riscos de distorções ou mesmo de captura política.

Entretanto, quando se analisa o Decreto 10.411/2020, observa-se a postura excessivamente otimista adotada em relação às AIRs, especialmente em seu art. 6º:

Art. 6º A AIR será concluída por meio de relatório que contenha:

I - sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral;

II - identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão;

III - identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado;

IV - identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado;

V - definição dos objetivos a serem alcançados;

VI - descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas;

VII - exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;

VIII - considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise;

IX - mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;

X - identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo;

XI - comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e

XII - descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes.

Parágrafo único. O conteúdo do relatório de AIR deverá, sempre que possível, ser detalhado e complementado com elementos adicionais específicos do caso concreto, de acordo com o seu grau de complexidade, abrangência e repercussão da matéria em análise.

Como se pode observar, o Decreto parte da premissa de que se pode esperar das AIRs os seguintes objetivos: (i) identificar as causas e a extensão do problema regulatório (inciso II), (ii) identificar os afetados pelo problema regulatório (inciso III), (iii) identificar os impactos das alternativas regulatórias, inclusive no que diz respeito aos custos (inciso VII), (iv) identificar e definir os “efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo” (inciso X), (v) comparar os impactos das alternativas consideradas (inciso XI).

Não obstante, o Decreto não trata de nenhuma das dificuldades inerentes a cada uma dessas etapas, assim como não disciplina nem os devidos cuidados que deverão orientar a elaboração das AIRs nem as necessárias complementações aos seus resultados.

Mais complicada ainda é a forma como o Decreto trata a participação social, medida que, pela experiência e literatura internacionais, é considerada indispensável para suprir vários dos problemas inerentes às AIRs. Afinal, se queremos realmente ter AIRs com um mínimo de acurácia e rigor científico, é fundamental assegurar a adequação daquelas que serão as principais escolhas do processo: (i) a moldura do problema regulatório, (ii) a identificação dos interesses e dos afetados pela regulação ou desregulação, (iii) os fatos que devem ser levados em consideração para a avaliação dos impactos e (iv) a metodologia de análise.

Tais aspectos são ainda mais relevantes porque, como já se demonstrou em artigos anteriores da série, as escolhas metodológicas não são propriamente neutras e objetivas. Pelo contrário, dependem de teorias, pré-compreensões, valores e ideologias. Daí por que a participação social é crucial para a definição dos próprios pressupostos e critérios da análise, não podendo ser restringida apenas ao momento em que o relatório de AIR já está pronto.

Entretanto, a participação social é tema extremamente mal tratado no Decreto 10.411/2020, cujo art. 8º prevê que “O relatório de AIR poderá ser objeto de participação social específica realizada antes da decisão sobre a melhor alternativa para enfrentar o problema regulatório identificado e antes da elaboração de eventual minuta de ato normativo a ser editado.”

A regra contém pelo menos dois grandes equívocos. Em primeiro lugar, torna a participação social facultativa, sem qualquer critério para

justificar a sua dispensa. Tal opção certamente pode fazer com que, sem uma visão mais democrática da extensão do problema e de suas soluções, prevaleça apenas a postura do responsável pela AIR.

O mencionado risco é potencializado por diversas outras normas do Decreto que, como é o caso do art. 4º, podem dispensar a própria AIR em prol da desregulação, tal como ocorre nos casos de atos normativos que reduzam custos regulatórios (inciso VII), os quais, por sua vez, foram conceituados de forma inaceitavelmente restrita, sem incluir os custos sociais e ambientais (art. 2º, IV).

Outro problema do Decreto é o de partir da premissa de que, como regra, a participação social deve ocorrer após o relatório da AIR. Ora, submeter um relatório de AIR já pronto à participação social pode ser pouco ou nada proveitoso, tendo em vista que já foram definidos os aspectos centrais para a obtenção dos resultados: o enquadramento do problema, os interesses a serem considerados e sopesados, os fatos a serem analisados e a definição dos critérios de análise, quantificação e comparação de tais interesses ou alternativas.

Dessa maneira, a introdução da participação social entre a apresentação do relatório e a elaboração da eventual minuta do ato normativo a ser editado restringe consideravelmente o alcance da medida, tendo em vista que não mais se discutirão propriamente as premissas do estudo, mas sim os seus resultados.

A depender do equívoco no estabelecimento das premissas ou mesmo da identificação dos riscos e interesses a serem considerados, as alternativas propostas pelo relatório de AIR podem se mostrar totalmente inadequadas para a solução do problema proposto. Logo, a contribuição da participação social nesses casos ou seria inócua – porque as alternativas regulatórias já foram previamente definidas em razão das premissas do estudo – ou acarretariam um enorme desperdício de recursos públicos, caso apontem para a total imprestabilidade das premissas adotadas pelo relatório.

Pelas mesmas razões, as consultas públicas a que se referem os arts. 9º e 11, do Decreto 10.411/2020 não suprem os problemas apontados, pois serão realizadas após a conclusão do relatório de AIR, já diante da proposta de edição, alteração ou revogação de ato normativo, quando muitas das discussões inerentes à AIR que lhe deu subsídio não mais poderão ser apresentadas, salvo

se forem para indicar a imprestabilidade do estudo, com todas as consequências negativas já mencionadas.

Verdade seja dita que o art. 6º, VIII, do Decreto, menciona que o relatório de AIR contenha “considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise”, o que poderia sugerir que, independentemente das hipóteses dos art. 8º, 9º e 11 - a participação social após o relatório da AIR -, também poderia haver a participação social anterior à elaboração da AIR, cujas contribuições deveriam ser devidamente consideradas no respectivo relatório.

Entretanto, seja pela ambivalência do Decreto em relação ao momento da participação social, seja pela desconsideração da própria importância da medida - que foi considerada facultativa -, observa-se claramente que há risco concreto de que ela não ocorra em nenhuma das etapas da elaboração das AIRs, muito menos no importantíssimo momento da definição das premissas da análise.

Ainda é importante lembrar que, quando se fala em participação social em processos regulatórios, já existe tendência natural à super-representação dos interesses dos agentes econômicos envolvidos e uma sub-representação dos interesses de consumidores, demais afetados não organizados ou mesmo de interesses difusos, como os interesses ambientais e sociais.

É por essa razão que, se queremos realmente avançar na elaboração de AIRs para a implementação de uma regulação por evidências consistente e adequada, deveria ser prioritário não apenas reforçar a participação social, tornando-a obrigatória em relação aos aspectos essenciais da análise, como também criar mecanismos para uma adequada representatividade de todos os afetados pelas discussões regulatórias.

Entretanto, o Decreto 10.411/2020 não somente não cumpre tal objetivo, como ainda amesquinha a participação social, tornando-a inclusive medida dispensável. Com isso, aumenta-se consideravelmente o risco de instrumentalização política e da utilização da metodologia econômica como uma “conta de chegada”, simplesmente para respaldar resultados previamente

desejados pelos reguladores ou para intencionalmente limitar as alternativas regulatórias, adequando-as aos seus interesses.

Ao assim fazer, o Decreto afasta-se das melhores práticas internacionais, dentre as quais as sistematizadas pela OCDE¹, explícitas no sentido de que os processos regulatórios devem garantir:

- (i) um padrão de governo aberto (*open government*), o que inclui transparência e participação social no processo regulatório, a fim de assegurar que a regulação sirva ao interesse público e seja informada pelas necessidades legítimas daqueles interessados e afetados pela regulação;
- (ii) oportunidades significativas, inclusive online, para que o público possa contribuir para o processo de preparo de propostas de atos regulatórios e também para a qualidade das análises que os amparam;
- (iii) consultas públicas abertas e equilibradas nas etapas do processo regulatório e em todos os aspectos das AIRs; e
- (iv) engajamento de todos os *stakeholders* relevantes nos processos de revisão e desenvolvimento de novas regulações, desenhando processos de consulta pública a fim de maximizar a qualidade das informações recebidas.

Certamente que o Decreto 10.411/2020 está muito longe de tais objetivos, até porque, além de considerar a participação social facultativa, não contém nenhum mecanismo concreto para garantir o engajamento de todos os interessados ou afetados pela decisão regulatória nem para incentivar a participação social não só após a elaboração do relatório da AIR, mas sobretudo para a definição das suas premissas e dos aspectos principais.

Perde-se, portanto, a oportunidade para que a participação social possa cumprir o seu legítimo papel não apenas para a definição do problema regulatório, como também para suprir várias das limitações das análises quantitativas e das métricas que são normalmente apresentadas nas AIRs, tema que será retomado no próximo artigo da série.

¹ OCDE. Recommendations of the Council on the Regulatory Policy and Governance. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>